Der Zugewinnausgleich im Todesfall bei Anwendung ausländischen Erbrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Ulrich Schwarz
aus Stuttgart

1964
1963
Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

7733

Der Zugewinnausgleich im Todesfall bei Anwendung ausländischen Erbrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Ulrich Schwarz
aus Stuttgart

1964

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Dekan: Prof. Dr. Horst Schröder
1. Berichterstatter: Prof. Dr. Joachim Gernhuber
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Steindorff

Tag der mündlichen Prüfung: 30. Juli 1963

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis I - II

Abkürzungsverzeichnis III - IV

Schrifttumsverzeichnis V - XVI

Einleitung 1 - 5

Erster Teil: Die Qualifikation des § 1371 I - III BGB

I. Kapitel: Die Auslegung und Abgrenzung der Art. 15 und 25 EGBGB

§ 1 Der Gegenstand der Qualifikation 7 - 10
§ 2 Der Maßstab der Qualifikation 10 - 12
§ 3 Die Abgrenzung des ehelichen Güterrechts vom Erbrecht 12 - 28

II. Kapitel: Der große Pflichtteil

§ 4 Streitstand 29 - 35
§ 5 Die grammatische Auslegung des § 1371 BGB 35 - 42
§ 6 Die historische Auslegung des § 1371 BGB 42 - 48
§ 7 Die teleologische Auslegung des § 1371 BGB 48 - 54
§ 8 Die systematische Auslegung des § 1371 BGB 55 - 61
§ 9 Ergebnis 61 - 62

III. Kapitel: Die Auslegung des § 1371 III BGB

§ 10 63 - 66

IV. Kapitel: Die Qualifikation des § 1371 I BGB

§ 11 Streitstand 67 - 73
§ 12 Die Stellung des § 1371 I BGB im Gesetz 74 - 75
§ 13 Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1371 I BGB 76
§ 14 Die Rechtsfolgen des § 1371 I BGB 77 - 81
§ 15 Der Zweck und die Entstehungsgeschichte des § 1371 I BGB 81 - 86
§ 16 Ergebnis 87

V. Kapitel: Die Qualifikation der Vorschriften des § 1371 II und III BGB

§ 17 Streitstand 88 - 89
§ 18 Die Qualifikation des § 1371 II HS 1 BGB 89 - 90
§ 19 Die Qualifikation des § 1371 II HS 2 BGB 90 - 91
§ 20 Die Qualifikation des § 1371 III BGB 91 - 93

Zweiter Teil: Die Anwendung des § 1371 II HS I BGB neben ausländischem Erbrecht

VI. Kapitel: Streitstand

§ 21 95 - 98

VII. Kapitel: Das Problem der Substitution

§ 22 Begriff und Abgrenzung 99 - 105
§ 23 Die Substitution bei gesetzlicher Erbfolge 105 - 108
§ 24 Die Substitution bei gewillkürter Erbfolge 108 - 112

VIII. Kapitel: Der Zugewinnausgleich bei gesetzlicher Erbfolge

§ 25 Die Kumulation der gesetzlichen Erbportion nach ausländischem Recht mit der Zugewinnausgleichsforderung 113 - 120
§ 26 Die materiellrechtliche Anpassung bei Widersprüchen zwischen dem ausländischen Erbrecht und dem deutschen Güterrecht 121 - 122
§ 27 Die internationalprivatrechtliche Anpassung bei Widersprüchen zwischen dem ausländischen Erbrecht und dem deutschen Güterrecht 122 - 132

IX. Kapitel: Der Zugewinnausgleich bei gewillkürter Erbfolge

§ 28 133 - 134

Schluß 135

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
Betrieb	Der Betrieb (Jahr und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (RGBl. S. 195)
BGB a.F.	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung vor dem Gleichberechtigungsgesetz
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGB n.F.	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
c.c.	code civil
c.c.ital.	codice civile
Clunet	Journal du droit international, früher: Journal du droit privé et de la jurisprudence comparée (Band (Jahr) und Seite)
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18.8.1896 (RGBl. S. 604)
Fam.RZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht (Jahr und Seite)

GleichberG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz) vom 18.7.1957 (BGBl.I S. 609)
IPR	Internationales Privatrecht
Justiz	Die Justiz, Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KG	Kammergericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
NZ	Zeitschrift für Internationales Recht, früher: Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht (Band (Jahr) und Seite)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (Band und Seite)
sect.	section
Seufferts Archiv	Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band und Nummer)
Z.f.d.ges.HR.	Zeitschrift für das gesamte Handeslrecht und Konkursrecht (Band und Seite)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

§ ohne Zusatz bezieht sich auf das BGB in der Fassung des GleichberG.

Zeitschriftenaufsätze werden nur nach dem Verfassernamen und der Fundstelle zitiert.

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Ancel, Marc	Matrimonial Property Law in France, in: Matrimonial Property Law, hrsg. von W. Friedmann, S. 3-28, London 1955.
Atkinson, Thomas E.	Handbook of the Law of Wills, 2. Aufl., St. Paul, Minn. 1953.
Bärmann, Johannes	Das neue Ehegüterrecht, AcP Bd. 157, S. 145 - 214.
Derselbe	Kritik am neuen Ehegüterrecht, JZ 1958, S. 227 - 230.
v. Bar, Ludwig	Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Hannover 1889.
Bartholomeyczik, Horst	Erbrecht, 5. Aufl., München und Berlin 1961.
Baur, Fritz	Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz, Fam.RZ 1958, S. 252 - 259.
Beckett, W.E.	The Recognition of Polygamous Marriages, Law Quarterly Review, Bd. 48, (1932), S.341 ff.
Beitzke, Günther	Familienrecht, 10. Aufl., München und Berlin 1962.
Derselbe	Grundgesetz und Internationalprivatrecht, Berlin 1961.
Boehmer, Gustav	Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge, Berlin 1938.
Derselbe	Zur Auslegung des § 1371 Abs. 1-3 n.F. BGB NJW 1958, S. 524 - 527.
Bosch, F.W.	Bemerkungen zum "Gleichberechtigungsgesetz" (GlbG), Fam.RZ 1957, S. 189 - 196.

Derselbe	Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien und Hauptprobleme -, Fam.RZ 1958, S. 289 - 298.
Derselbe	Pflichtteil der Kinder bei Alleinerbeinsetzung des überlebenden Ehegatten im Falle der Zugewinngemeinschaft, Fam.RZ 1960, S. 96.
Braga, Sevold	Das ehegüterrechtliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten, Fam.RZ 1957, S. 334 - 342.
Derselbe	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und das deutsche IPR, MDR 1952, S. 266 - 268.
Denkschrift	(ohne Verfasser), Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1896.
Dölle, Hans	Die persönlichen Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten im deutschen internationalen Privatrecht Rabels Z Bd. 16, (1951), S. 360 - 386.
Derselbe	Über die Anwendung fremden Rechts, Jahrbuch der Max Planck Gesellschaft, S. 34 - 61, 1956.
Derselbe	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, S. 19 - 46, Stuttgart und Köln 1950.
Enneccerus-Nipperdey	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Bd. I, Allgemeiner Teil, 15. Bearbeitung von Hans Carl Nipperdey, Tübingen 1959/60. (zitiert: Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil).

Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Walter Erman und Heinz Goerke, 2. Aufl., Erbrecht bearbeitet von Horst Bartholomeyczik und Franz Hense, Internationales Privatrecht bearbeitet von Karl Arndt und Gerhard Marquordt, Münster, Westf. 1958 (zitiert: Erman - Bearbeiter).
Derselbe	Gleichberechtigungsgesetz, Nebenband zum BGB - Kommentar, hrsg. von Walter Erman und Heinz Goerke, bearbeitet von Horst Bartholomeyczik, Franz-Josef Finke, Wolfgang Hefermehl, Maximilian Ronke, Hans Seiler und Heinrich Wagner, Münster, Westf. 1958 (zitiert: Erman-Bearbeiter, Gleichberechtigungsgesetz).
Familiengesetze	(ohne Verfasser) Familiengesetze sozialistischer Länder, Berlin 1959.
Ferid, M(urad)	Zwei Gesichtspunkte zur "erbrechtlichen Lösung" des Zugewinnausgleichs bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten, Fam.RZ 1957, S. 70 - 73.
Ferid-Firsching	Internationales Erbrecht, 2. Bde., von Murad Ferid und Karl Firsching, München und Berlin 1961.
Finke, Franz-Josef	Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz, MDR 1957, S. 449 - 455, S. 514 - 521, S. 577 - 583.
Gerber, C.F.	System des Deutschen Privatrechts, 11. Aufl., Jena 1873.
Gottheiner, Hans Georg	Anpassungs- und Umdeutungsprobleme bei deutsch-englischen Erbrechtsfällen, Tübingen Diss. 1955.

Gutzwiller, Max	Internationalprivatrecht, in: Das gesamte deutsche Recht in systematischer Darstellung, hrsg. von Rudolf Stammler, Bd. I, S. 1521 ff., Berlin 1931.
Haegele, (ohne Vornamen)	Erbrechtliche Fragen im Gleichberechtigungsgesetz, Justiz 1957, S. 386 - 393.
Hallstein, Walter	Artikel: "Gesetzliche Erbfolge", in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. von Franz Schlegelberger, Bd. III, S. 781 - 786, Berlin 1931.
Hampel, Herbert	Zur Pflichtteilsregelung bei der Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten, Fam.RZ 1958, S. 162 - 166.
Derselbe	Nochmals: Zur Pflichtteilsregelung bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten, Fam.RZ 1960, S. 461 - 468.
Derselbe	Bemerkungen zur Pflichtteilsregelung innerhalb des § 1371 BGB n.F., Fam.RZ 1961, S. 287.
Heck, (Philipp)	Buchbesprechung: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, von L. v. Bar, 2. Aufl., Hannover 1889. Z.f.d.ges.HR., Bd. 38, S. 305 - 319.
Heldrich, Andreas	Gleichberechtigungsgesetz und Güterstand bei Neubürgern, Fam.RZ 1959, S. 46 - 49.
Johannsen, Kurt	Erbrechtliche Auswirkungen des § 1371 Abs. 1-3 BGB, Fam.RZ 1961, S. 17 - 21.
Jowitt, Earl	Artikel: "Curtesy" und "Dower", in: The dictionary of English Law, London 1959.

Kaden, Erich Hans	Artikel: "Eheliches Güterrecht", in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsg. von Franz Schlegelberger, Bd. II, S. 704 - 716, Berlin 1929.
Kahn, Franz	Abhandlungen zum internationalen Privatrecht, Bd. I, hrsg. von Otto Lenel und Hans Lewald, München und Leipzig 1928.
Kahn-Freund, O.	Matrimonial Property Law in England, in: Matrimonial Property Law, hrsg. von W. Friedmann, S. 267 - 314, London 1955.
Kegel, Gerhard	Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Hans Lewald, S. 259 - 288, Basel 1953.
Derselbe	Internationales Privatrecht, München und Berlin 1960.
Kipp-Coing	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Bd. V, Erbrecht, 11. Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1960 (zitiert: Kipp-Coing, Erbrecht).
Klang, Heinrich	Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, bearbeitet von Franz Gschnitzer, Heinrich Klang und Egon Weiß, 2. Aufl., Wien 1952 (zitiert: Klang - Bearbeiter).
Knur, Alexander	Reform des Ehegüterrechts und Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: Deutscher Notartag 1952, München und Berlin o.J.
Derselbe	Zur Situation der Güterrechtsreform, DNotZ 1954, S. 618 - 632.
Derselbe	Probleme der Zugewinngemeinschaft, Köln und Opladen 1959.

Kozucharoff, A.	Gütertrennung und Ausgleichsanspruch nach dem bulgarischen Eherecht, Neue Justiz 1958, S. 335 - 338.
Krüger-Breetzke-Nowack	Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, von Hildegard Krüger, Ernst Breetzke und Kuno Nowack, München und Berlin 1958.
Lange, Heinrich	Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, Tübingen 1938.
Derselbe	Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinngemeinschaft, NJW 1957, S. 1381 - 1387.
Derselbe	Nochmals: Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten, NJW 1958, S. 288 - 290.
Derselbe	Lehrbuch des Erbrechts, München und Berlin 1962.
Lehmann, Heinrich	Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., Berlin 1960.
Lewald, Hans	Das deutsche internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung, Leipzig 1930/31.
Derselbe	Règles générales des conflits de lois, Basel 1941.
Luxburg, Guido	Das internationale Privatrecht des ehelichen Güterrechts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, NZ Bd. 23, (1913), S. 20 - 227.
Makarov, Alexander N.	Die Gleichberechtigung der Frau und das IPR, Rabels Z, Bd. 17, (1952), S. 382 - 396.
Malmström, Åke	Matrimonial Property Law in Sweden, in: Matrimonial Property Law, hrsg. von W. Friedmann, S. 410-429, London 1955.

Maßfeller, (Franz)	Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, Betrieb 1957, S. 473 - 476, S. 499 - 502, S. 525 - 527, S. 623 - 627.
Derselbe	Güterrechtliche Fragen des Gleichberechtigungsgesetzes, Betrieb 1958, S. 563 - 566.
Maßfeller-Reinicke	Das Gleichberechtigungsgesetz mit Erläuterungen von F(ranz) Maßfeller und D(ietrich) Reinicke, Köln und Berlin 1958.
Melchior, George	Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin und Leipzig 1932.
Motive	Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.
Müller-Freienfels, Wolfram	Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, JZ 1957, S. 141 - 148.
Derselbe	Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, JZ 1957, S. 685 - 696.
Mugdan, B.	Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. V, Berlin 1899.
Neuhaus, Paul Heinrich	Die Grundbegriffe des IPR, Berlin - Tübingen 1962.
Neuner, Robert	Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, Brünn, Prag, Leipzig und Wien 1932.
Derselbe	Die Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Rabels Z Bd. 8, (1934), S. 81 - 120.
Niederländer, Hubert	Die Pflichtteilsregelung in § 1371 n.F. BGB, NJW 1960, S. 1737 - 1744.
Niemeyer, Theodor	Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch ("Die Gebhardschen Materialien"), München und Leipzig 1915.

Palandt, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 21. Aufl., Familienrecht bearbeitet von Wolfgang Lauterbach, Erbrecht bearbeitet von Theodor Keidel, Internationales Privatrecht bearbeitet von Wolfgang Lauterbach, München - Berlin 1962 (zitiert: Palandt - Bearbeiter).
Pappenheim, Walther	Die Rechtsnatur des "Sitzenbleibens im ungeteilten Gut" im dänischen Recht, Rabels Z Bd. 6, (1932), S. 120 - 134.
Raape, Leo	Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1961.
Rabel, Ernst	Das Problem der Qualifikation, Rabels Z Bd. 5, (1931), S. 241 - 288.
Derselbe	The Conflict of Laws, Bd. I, 2. Aufl., Ann Arbor 1958.
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, hrsg. von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. IV, Familienrecht, 1. Teil, 10./11. Aufl., bearbeitet von Georg Scheffler unter Mitarbeit von Hans Koeniger, Berlin 1960, Bd. V, Erbrecht, 11. Aufl., bearbeitet von Kurt Herbert Johannsen und Wilhelm Kregel, Berlin 1960/61 (zitiert: RGRK - Bearbeiter).
Reinicke, D(ietrich)	Zum neuen ehelichen Güterrecht, NJW 1957, S. 889 - 893.
Derselbe	Zum Ausgleich des Zugewinns beim Tode eines Ehegatten, NJW 1958, S. 121 - 123.
Derselbe	Zur Auslegung des § 1371 BGB - Eine Stellungnahme zu den Ausführungen von Boehmer, NJW 1958, S. 524 ff. -, NJW 1958, S. 932 - 935.

Derselbe	Zur Rechtsstellung des überlebenden Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, BB 1958, S. 575 - 579.
Derselbe	Der Umfang der Pflichtteile im Güterstand der Zugewinngemeinschaft, Betrieb 1960, S. 1445 - 1448.
Reinicke-Schwarzhaupt	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 18. Juni 1957, von Dietrich Reinicke und Elisabeth Schwarzhaupt, Stuttgart 1957.
Reithmann, Christoph	Das eheliche Güterrecht bei Flüchtlingen, DNotZ 1958, S. 512 - 531.
Derselbe	Gleichberechtigungsgesetz und Güterstand bei Neubürgern, Fam.RZ 1959, S. 91 f.
Derselbe	Der Anwendungsbereich der Zugewinngemeinschaft (bei nach dem 1.7.1958 geschlossenen Ehen), Fam.RZ 1959, S. 267 - 273.
Derselbe	Die Überleitung ehevertragsloser Ehen von Neubürgern in die Zugewinngemeinschaft, Fam.RZ 1959, S. 309 - 315.
Rittner, Fritz	Zur Auslegung des § 1371 II BGB n.F., DNotZ 1958, S. 181 - 200.
Robertson, A.H.	Characterization in the Conflict of Laws, Cambridge, Mass. 1940.
Roth, Paul	Bayerisches Civilrecht, 1. Teil, Tübingen 1871.
Derselbe	System des deutschen Privatrechts, 2. Teil, Tübingen 1881.
Sayre, Paul S.	Husband and Wife as Statutory Heirs, Harvard Law Review, Bd. 42, S. 330 - 364.
Schlegelberger, von Seth, Freiherr Wrede, Dix (Hrsg.)	Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. X, Das Zivilrecht der nordischen Staaten, Teil 1, Das Zivilrecht Finnlands und Schwedens, Berlin 1939.

Schröder, Jochen	Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, Berlin 1961.
Schwoerer, J.	Gleichberechtigung und richterliche Praxis, Justiz 1957, S. 321 - 331.
Siegrist, Eberhard	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und internationales Privatrecht, Rabels Z Bd. 24, (1959), S. 54 - 114.
Silberschmidt, W.	Eheliches Güterrecht und Erbrecht, NZ Bd. 3, (1893), S. 132 - 154.
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, hrsg. von Hs. Th. Soergel und W. Siebert, Bd. V, Erbrecht und Einführungsgesetz, 9. Aufl., Erbrecht bearbeitet von Ehard-Eder, Einführungsgesetz bearbeitet von Gerhard Kegel, Stuttgart 1961 (zitiert: Soergel - Bearbeiter).
v. Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. V, Erbrecht, 11. Aufl., bearbeitet von Gustav Boehmer, Heinrich Lehmann, Karl Seybold, Ottmar Dittmann, Murad Ferid, Karl Firsching, Berlin 1954 - 1960, Bd. VI, Einführungsgesetz, 2. Teil, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., bearbeitet von Leo Raape, Berlin 1931 (zitiert: Staudinger - Bearbeiter).
v. Steiger, Werner	Die Bestimmung der Rechtsfrage im internationalen Privatrecht, Bern 1937.
Steindorff, Ernst	Sachnormen im internationalen Privatrecht, Frankfurt a.M. 1958.
Stobbe, Otto	Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. V, 1./2. Aufl., Berlin 1885, Bd. IV, 3. Aufl., bearbeitet von Heinrich O. Lehmann, Berlin 1900.
Sturm, Fritz	Die Pflichtteilsregelung in § 1371 BGB n.F., NJW 1961, S. 1435 - 1440.

Thiele, Wolfgang	Die Zugewinngemeinschaft, Hamburg Diss. 1958.
Derselbe	Die Nahtstellen von Erbrecht und Güterrecht in der Zugewinngemeinschaft. Fam.RZ 1958, S. 393 - 398.
v. Tuhr, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1930.
Tuor, P(eter)	Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. Aufl., Zürich 1953.
Verhandlungen	Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953.
	Stenographische Berichte, 206. Sitzung, S. 11761 ff., 11768 ff.
	Anlagen zu den stenographischen Berichten, Drucksachen 112, 178, 224, 3409, zu 3409.
Vischer, Frank	Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht, Basel 1953.
Wachter, Carl Georg	Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. I, Stuttgart 1839.
Wahl, Eduard	Die Erhöhung des Ehegattenerbrechts um ein Viertel als Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod und die erbrechtliche Stellung erstehelicher Kinder, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, S. 419 - 436, Berlin, Tübingen, Frankfurt a.M. 1956.
Wengler, Wilhelm	Die Vorfrage im Kollisionsrecht, Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 148 - 251.
Derselbe	Buchbesprechung: Règles générales des conflits de lois von Hans Lewald, Basel 1941, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 55, (1944), S. 193 - 199.

Derselbe	Die Funktion der richterlichen Entscheidung über internationale Rechtsverhältnisse, Rabels Z Bd. 16, (1951), S. 1 - 31.
Derselbe	Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Martin Wolff, S. 337 - 374, Tübingen 1952.
Wieruszowski, (ohne Vornamen)	Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen? in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, S. 331 - 339, 357 - 369, Berlin und Leipzig 1925.
Wolff, Martin	Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1954.
Zweigert, Konrad	Die dritte Schule im internationalen Privatrecht, in: Festschrift für Leo Raape, S. 42 - 48, Hamburg 1948.

EINLEITUNG

Durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 (BGBl I S. 609), das am 1.7.1958 in Kraft getreten ist, wurde u.a. das eheliche Güterrecht neu geordnet. An die Stelle des früheren, primären gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Frau durch den Mann (§§ 1363 - 1425 BGB a.F.) ist der Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§§ 1363 - 1390 BGB n.F.) als neuer gesetzlicher Güterstand getreten. Die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung "Güterstand der Zugewinngemeinschaft" (§ 1363 I) ist allerdings irreführend, da ein gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten kraft Gesetzes zu keinem Zeitpunkt gebildet wird. Mann und Frau bleiben vielmehr, jeder für sich, Inhaber ihres vorehelichen Vermögens und auch das während der Ehe erworbene Vermögen wird nicht gemeinsames Vermögen der Ehegatten, sondern gehört allein dem Erwerber (§ 1363 II). Auch verwaltet, abgesehen von den Beschränkungen der §§ 1365 ff., jeder Ehegatte sein Vermögen selbständig (§ 1364). Bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft wird der Zugewinn, den die Ehegatten während der Ehe erzielt haben, ausgeglichen (§§ 1371 ff.). Als Zugewinn bezeichnet das Gesetz den Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten dessen Anfangsvermögen übersteigt (§ 1373). Anfangsvermögen ist dabei das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstandes gehört (§ 1374 I), Endvermögen, dasjenige Vermögen, das ihm - gleichfalls nach Abzug der Verbindlichkeiten - bei Beendigung des Güterstandes gehört (§ 1375 I) [1]. Bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft wird nun der Zugewinn eines jeden Ehegatten festgestellt. Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu (§ 1378 I).

Diese Form des Zugewinnausgleichs war nach dem Regierungsentwurf [2] für alle Fälle der Beendigung der Zugewinngemeinschaft vorgesehen. Auf Vorschlag des Bundestagsausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht wurde jedoch bei der 2. und 3. Lesung des Gleichberechtigungsgesetzes im Bundestag [3] dieser sog. "güterrechtliche Zugewinnausgleich" für den Fall, daß

---

1) Auf Einzelheiten der Berechnung des Anfangs- und Endvermögens braucht hier nicht eingegangen zu werden.

2) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 224.

3) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Stenographische Berichte, S. 11 761 ff., 11 768 ff., sowie Drucksache 3409.

die Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird, durch eine andere Regelung, die sog. "erbrechtliche Lösung" [4], ersetzt. Diese besteht darin, daß ohne Rücksicht darauf, ob einer der Ehegatten im einzelnen Fall einen ausgleichspflichtigen Zugewinn erzielt hat, sich der Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht. Nach den Worten des Gesetzes soll auf diese Weise der Ausgleich des Zugewinns "verwirklicht" werden (§ 1371 I). Da die erbrechtliche Lösung jedoch nicht in allen Fällen zu befriedigenden Ergebnissen führte, verband man die erbrechtliche Lösung mit der güterrechtlichen. Wird der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer, kann er Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373-1383, 1390 auch dann verlangen, wenn die Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten bestimmt sich in diesem Fall nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten (§ 1371 II). Schlägt der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus, kann er neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde. Das letztere gilt nur dann nicht, wenn der überlebende Ehegatte durch Vertrag mit seinem Ehegatten auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat (§ 1371 III).

Diese komplizierte und nicht leicht verständliche Regelung hat alsbald eine ganze Anzahl von Streitfragen aufgeworfen - es sei hier nur etwa an die vielerörterte Frage des sog. großen Pflichtteils erinnert [5]. Eine dieser durch § 1371 geschaffenen Streitfragen soll Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

Nach dem deutschen IPR wird das eheliche Güterrecht nach den Gesetzen des Staates beurteilt, dem der Ehemann zur Zeit der Eheschließung angehört (Art. 15 EGBGB), während die Beerbung einer Person sich nach dem Heimatrecht des Erblassers zur Zeit seines Todes richtet (Art. 24, 25 EGBGB) [6]. Heiratet z.B. ein Deutscher eine Österreicherin, so gilt in dieser Ehe das deutsche Ehegüter-

---

4) So schon der Abg. Seidl in seinem schriftlichen Bericht über die Beratungen des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht zur Reform des ehelichen Güterrechts, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409, S. 16.

5) Dazu S. 29 ff.

6) Die Art. 15, 24, 25 EGBGB enthalten ihrem Wortlaut nach zwar nur unvollkommen zweiseitige Kollisionsnormen, doch haben Rechtsprechung und Lehre sie im Wege der Analogie zu den oben wiedergegebenen vollkommenen Kollisionsnormen ergänzt. Vgl. Palandt-Lauterbach, Art. 15 EGBGB, Anm. 2, Art. 24 EGBGB, Anm. 2.

recht. Die Ehegatten leben also, sofern sie ehevertraglich nichts anderes vereinbart haben, im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft.

Angenommen, aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen und die Ehefrau stirbt, ohne die deutsche Staatsangehörigkeit erworben zu haben [7], so wird sie nach österreichischem Recht beerbt. Fraglich wird nun, was mit dem sog. Zugewinnausgleichsviertel des § 1371 I geschieht. Kann der überlebende Ehemann das Zugewinnausgleichsviertel der Erbschaft, das er - käme allein deutsches Recht zur Anwendung - gemäß § 1371 I zusätzlich zu dem ihm vom deutschen Erbrecht (§ 1931) neben Kindern bisher bereits gewährten Viertel erhalten würde, auch in diesem Fall verlangen? Oder entscheidet hier allein das österreichische Erbrecht über die Verteilung des Nachlasses, mit dem Erfolg, daß der überlebende Ehemann an Stelle der ihm nach deutschem Recht neben Kindern zustehenden Hälfte des Nachlasses nur ein Viertel desselben erhält (§ 757 ABGB)? Die Beantwortung dieser Frage, die - wie das Beispiel zeigt - für die internationalprivatrechtliche Praxis von nicht unerheblicher Bedeutung ist, hängt in erster Linie davon ab, ob die durch § 1371 I vorgeschriebene Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten um ein Viertel ehegüterrechtlich oder erbrechtlich zu qualifizieren ist; denn nur die ehegüterrechtlichen, nicht aber die erbrechtlichen Normen des deutschen Rechts sind nach dem deutschen IPR hier anwendbar.

Aus dem gleichen Grunde muß untersucht werden, wohin die Vorschriften des § 1371 II und III zu rechnen sind, zum ehelichen Güterrecht oder zum Erbrecht. Da diese Vorschriften, wie sich schon aus der gesetzestechnischen Zusammenfassung in einem Paragraphen ergibt, mit der sogenannten erbrechtlichen Lösung des § 1371 I in engem Zusammenhang stehen, wird weiter zu prüfen sein, ob eine getrennte Qualifikation dieser Vorschriften überhaupt möglich ist oder ob sie als untrennbares Ganzes nur einheitlich dem Ehegüterrecht oder dem Erbrecht zugewiesen werden können.

Dagegen kann von einer Erörterung des § 1371 IV, wonach den Stiefkindern des überlebenden Ehegatten bei Bedürftigkeit ein Anspruch auf Gewährung der

---

7) Die Eheschließung führt nach dem geltenden deutschen Staatsangehörigkeitsrecht nicht mehr automatisch zum Erwerb der Staatsangehörigkeit des Mannes durch die Frau. Letztere hat lediglich einen Anspruch auf Einbürgerung.
Vgl. §§ 3, 6 des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 22.7.1913 i.d.F. des 3. Gesetzes zur Regelung von Fragen der Staatsangehörigkeit vom 19.8.1957 (BGBl. I S. 1251).

zu einer angemessenen Ausbildung erforderlichen Mittel aus dem dem überlebenden Ehegatten nach § 1371 I zusätzlich gewährten Viertel der Erbschaft zusteht, abgesehen werden, da diese Vorschrift mit den hier interessierenden, durch die sog. erbrechtliche Lösung des Zugewinnausgleichs in Verbindung mit den Vorschriften der Art. 15 und 25 EGBGB entstandenen Problemen nichts zu tun hat.

Mit der Lösung der Qualifikationsfragen, deren Erörterung den ersten Teil der Arbeit bilden wird, ist der zu untersuchende Fragenkreis jedoch nicht erschöpft. Aufgabe des zweiten Teils der Arbeit wird es vielmehr sein, zu prüfen, wie aus den als güterrechtlich erkannten und damit nach Art. 15 EGBGB zur Anwendung berufenen Teilen des § 1371 und den nach Art. 25 EGBGB zur Anwendung berufenen ausländischen Erbrechtsvorschriften ein sinnvolles Ganzes gebildet werden kann.

Bevor jedoch mit der Erörterung der Qualifikationsfragen begonnen wird, sei noch kurz untersucht, in welchen Fällen die aufgezeigten und zu erörternden Fragen auftreten. Das ist, ganz allgemein gesagt, stets dann der Fall, wenn auf Grund der in den Art. 15 und 25 EGBGB getroffenen Regelung das deutsche gesetzliche Güterrecht mit ausländischem Erbrecht zusammentrifft. Im einzelnen ergibt sich dieses Auseinanderfallen von Güter- und Erbrechtsstatut in folgenden Fallgruppen:

1. Ein Deutscher heiratet eine Ausländerin, ohne daß diese die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt. Die Frau stirbt.

2. Deutsche Ehegatten erwerben nach der Eheschließung gemeinsam oder getrennt eine ausländische Staatsangehörigkeit. Einer der Ehegatten stirbt.

3. Einer der deutschen Ehegatten erwirbt nach der Eheschließung eine ausländische Staatsangehörigkeit und stirbt.

4. Das nach Art. 15 EGBGB für das Ehegüterrecht maßgebende Heimatrecht eines Ausländers verweist auf das deutsche Recht zurück [8] und der erstversterbende Ehegatte besitzt im Zeitpunkt seines Todes eine ausländische Staatsangehörigkeit [9].

---

8) Eine derartige Rückverweisung wird vom deutschen Recht nicht nur im Rahmen des Art. 15 II EGBGB beachtet. Auch hier hat die Rechtsprechung und Lehre aus dem an sich auf bestimmte Fälle beschränkten Wortlaut des Art. 27 EGBGB im Wege der Analogie einen allgemeinen Grundsatz entwickelt. Vgl. Palandt-Lauterbach, Art. 27 EGBGB, Anm. 3.

9) Beispiel: Ein Franzose heiratet eine Italienerin. Das Ehepaar begründet seinen ersten Wohnsitz in Deutschland. Die Frau stirbt. Nach französischem

5. Die Ehegatten - z.B. in Deutschland lebende Ausländer - vereinbaren durch Ehevertrag als ehelichen Güterstand die Zugewinngemeinschaft. Der erstversterbende Ehegatte besitzt im Zeitpunkt seines Todes eine ausländische Staatsangehörigkeit.

In allen Fällen ist jedoch zu beachten, daß das deutsche Recht eine Rückverweisung des Erbrechtsstatuts auf das deutsche Recht annimmt (Art. 27 EGBGB) und auf diese Weise wieder eine Übereinstimmung von Güter- und Erbrechtsstatut eintreten kann.

Kollisionsrecht ist für das eheliche Güterrecht in erster Linie der Parteiwille maßgebend. In Ermangelung einer ausdrücklichen Parteivereinbarung dient der französischen Praxis als Hauptindiz für den Parteiwillen der erste eheliche Wohnsitz (vgl. Raape, IPR, S. 330). Güterrechtsstatut ist also hier das deutsche Recht. Diese Rückverweisung wird vom deutschen Recht beachtet. Hinsichtlich des Erbrechtsstatuts erfolgt jedoch keine Rückverweisung, da das italienische Kollisionsrecht wie das deutsche auf das Heimatrecht des Erblassers abstellt (vgl. Kegel, IPR, S. 324 f.). Oder: Ein Engländer heiratet eine Holländerin. Das Ehepaar verlegt später seinen Wohnsitz (im englischen Sinn) von London nach Deutschland und hier verstirbt die Frau. Nach englischem Kollisionsrecht richtet sich das Güterrechtsstatut nach dem jeweiligen Wohnsitz (vgl. Raape, IPR, S. 333 f.), also hier nach deutschem Recht. Diese Rückverweisung wird vom deutschen IPR beachtet. Erbrechtsstatut ist aber das holländische Recht, das im Erbrecht, wie das deutsche Recht, vom Staatsangehörigkeitsprinzip ausgeht (vgl. Raape, IPR, S. 419).

ERSTER TEIL

Die Qualifikation des § 1371 I - III BGB

I. Kapitel

Die Auslegung und Abgrenzung der Art. 15 und 25 EGBGB

§ 1 Der Gegenstand der Qualifikation

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 1371 I - III auf die interessierenden Fälle hängt - wie in der Einleitung bereits angedeutet - davon ab, welche Kollisionsnorm hier maßgebend ist: Der das "eheliche Güterrecht" betreffende Art. 15 EGBGB oder der die "Beerbung" betreffende Art. 25 EGBGB [1]. Es ist deshalb zunächst einmal erforderlich, diese beiden Kollisionsnormen auszulegen und gegeneinander abzugrenzen.

Die von den Art. 15 und 25 EGBGB verwendeten Begriffe des "ehelichen Güterrechts" und der "Beerbung" sind juristische Systembegriffe. Ihre Auslegung gehört zu einem der ältesten und umstrittensten Probleme des IPR, dem sog. Qualifikationsproblem. Genau genommen sind hier zwei Fragen zu unterscheiden: Erstens die Frage, was denn mit diesen Systembegriffen eigentlich bezeichnet wird, und zweitens die Frage, wonach dieses Systembegriffe auszulegen sind. Die erste Frage kann man als die Frage nach dem Gegenstand, die zweite als die Frage nach dem Maßstab der Qualifikation bezeichnen [2].

Die Frage nach dem Gegenstand der Qualifikation ist im Anschluß an Neuner [3] und Wengler [4] dahin zu beantworten, daß Sachnormen qualifiziert werden. Wengler hält zwar offenbar auch andere Ansichten, insbesondere die Qualifikation von Rechtsbegehren, für möglich, zieht aber die Qualifikation von Sachnormen vor allem deshalb vor, weil nur diese Methode die Beachtung des

---

1) Art. 14 EGBGB, der Bestimmungen über das auf die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander anzuwendende Recht enthält, scheidet von vornherein schon deshalb aus, weil § 1371 den Tod eines der beiden Ehegatten voraussetzt. Von persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten kann aber nur zu Lebzeiten beider Ehegatten die Rede sein.

2) Vgl. Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 58 ff.

3) Der Sinn der IPR-Norm, S. 78, 133 f., derselbe, Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 86, 118.

4) Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im IPR, Festschrift für M. Wolff, S. 337 - 374, bes. S. 357.

rechtspolitischen Zusammenhangs zwischen den einzelnen Normen einer bestimmten Rechtsordnung ermögliche [5].

Rabel [6] dagegen will Tatsachen, "Lebensverhältnisse", qualifizieren. Die Kollisionsnormen haben nach seiner Ansicht die Aufgabe, bestimmte Lebensverhältnisse einer bestimmten Rechtsordnung zur Regelung zuzuweisen. Wie jedoch schon Kahn [7] erkannt hat, weisen reine Tatsachen keinen "rechtlichen Charakter", keine "Rechtsnatur" auf. Sie erhalten einen rechtlichen Charakter erst, wenn man sie mit einer Rechtsnorm in Verbindung bringt.

Andere wollen Rechtsverhältnisse qualifizieren, konkrete [8] oder abstrakte [9]. Die Kollisionsnormen besagen nach dieser Auffassung, Rechtsverhältnisse dieser Art und Gattung sind diesem oder jenem Territorium angehörig zu erachten, denn so ist es der Natur solcher Rechtsverhältnisse angemessen. Ob ein Rechtsverhältnis überhaupt vorliegt und welche Rechtsnatur dasselbe aufweist, läßt sich jedoch stets nur an Hand einer konkreten Rechtsordnung feststellen. Diese gilt es aber gerade erst zu ermitteln.

Steiger [10] will Rechtsfragen qualifizieren. Er versteht dabei unter "Rechtsfrage" das dem Richter an Hand eines konkreten Sachverhalts zur Beurteilung vorgelegte Rechtsbegehren einer Partei. Die Kollisionsnorm bezeichne die Rechtsfrage oder den Kreis von Rechtsfragen, welche der einen oder anderen Rechtsordnung zur Beurteilung zugewiesen werde. Aber auch gegen diese Ansicht muß eingewandt werden, daß sich die juristische Beschaffenheit einer Rechtsfrage nur an Hand einer konkreten Rechtsordnung feststellen läßt und diese erst gefunden werden soll. Ob beispielsweise der Anspruch der Ehefrau auf Prozeßkostenvorschuß im Scheidungsprozeß ein güterrechtlicher Anspruch oder ein dem persönlichen Eherecht zuzurechnender Unterhaltsanspruch ist, kann nur an Hand einer konkreten Rechtsordnung festgestellt werden, desgleichen etwa ob der Anspruch auf Schadensersatz bei Verlöbnisbruch ein vertraglicher oder ein deliktischer ist. Beides ist möglich, die Beantwortung hängt ganz davon ab, welche Ausgestaltung der Anspruch in der konkreten, in Frage stehenden Rechtsordnung erfahren hat. Es ist ein Irrtum, anzunehmen, daß einem Anspruch auf eine inhaltlich bestimmte Leistung - und mehr steht ja

---

5) Sachnormen qualifizieren auch Raape, IPR, S. 107 f. und Kegel, IPR, S. 9[illegible] f.
6) Rabels Z Bd. 5 (1931), S. 245.
7) Kahn, Abhandlungen zum IPR, Bd. I, S. 93.
8) So Gutzwiller, Internationalprivatrecht, in Stammler, Das gesamte deutsche Recht, Bd. I, S. 1521 ff. (1542 - 1544).
9) Kahn, a.a.O., S. 95.
10) Die Bestimmung der Rechtsfrage im IPR, S. 15 f.

zunächst nicht fest - a priori eine bestimmte Rechtsnatur zukommt. Das zeigt sich u.a. auch schon an den zahlreichen Anspruchskonkurrenzen innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung.

Abzulehnen ist schließlich auch die Lehre von der doppelten Qualifikation [11], die außer der Qualifikation von Normen zusätzlich auch noch eine Qualifikation von Sachverhalten verlangt. Diese Methode verdoppelt die Voraussetzungen der Kollisionsnormen, die erfüllt sein müssen, um zu anwendbaren Sachnormen zu gelangen. Die häufige Folge dieser Methode ist das, was M. Wolff [12] als Normenmangel bezeichnet, d.h. es sind überhaupt keine anwendbaren Sachnormen irgendeiner Rechtsordnung gegeben.

Kann aber die Rechtsnatur eines Lebensverhältnisses, eines Rechtsverhältnisses oder einer Rechtsfrage immer nur im Zusammenhang mit den Sachnormen einer bestimmten Rechtsordnung festgestellt werden, drängt sich die Erkenntnis geradezu auf, daß das, was qualifiziert wird, in Wirklichkeit eben jene Sachnormen sind. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch folgende Überlegung bestätigt. Aufgabe der Kollisionsnormen ist es, den Anwendungsbereich der Normen der verschiedenen Rechtsordnungen gegeneinander abzugrenzen. Dazu ist aber nur erforderlich, daß die Kollisionsnormen bestimmen, daß die von ihnen bezeichneten Normen oder Normgruppen jener Rechtsordnung zu entnehmen sind, deren Anknüpfungsmomente verwirklicht sind. Darüber, auf welchen Sachverhalt, welches Rechtsverhältnis oder welche Rechtsfrage das gesuchte Recht anzuwenden ist, brauchen sie nichts zu sagen. Das würde die Feststellung des anzuwendenden Rechts nur unnötig erschweren. Wenn die Anknüfung verwirklicht ist, so wird eine Norm oder eine Gruppe von Normen bestimmter Art einer bestimmten Rechtsordnung anwendbar und erfaßt eben alle die Sachverhalte, Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen, die sie regelt [13]. Da es sich bei den zur Anwendung berufenen Normen um Normen bestimmter Art handelt, ist klar, daß sie auch nur Sachverhalte, Rechtsverhältnisse und Rechtsfragen bestimmter Art regeln. Aus diesem Umstand darf aber nicht geschlossen werden, daß die Feststellung des anzuwendenden Rechts einen Sachverhalt, ein Rechtsverhältnis oder eine Rechtsfrage bestimmter Art voraussetze.

---

11) So insbes. Robertson, Characterization in the Conflict of Laws, S. 51 ff., 118 ff.

12) Das IPR Deutschlands, S. 58 - 60.

13) Vgl. Neuner, Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 118.

Gegen die Qualifikation von Sachnormen läßt sich auch nicht einwenden, man könne keine Sachnormen zum Gegenstand der Qualifikation und damit zur Voraussetzung für die Anwendung einer Kollisionsnorm machen, weil die anwendbaren Sachnormen ja erst durch die Kollisionsnorm bestimmt werden sollen. Die Anwendung der Kollisionsnorm verlangt, wie insbes. Neuner [14] dargetan hat, nur die Feststellung, ob und nach welcher Richtung die Anknüpfungsmomente verwirklicht sind, also beispielsweise welche Staatsangehörigkeit der Erblasser besaß, als er starb. Der auf diese Weise als anwendbar erkannten Rechtsordnung sind nun jene Normen zu entnehmen, die unter die von der Kollisionsnorm verwendeten Verweisungsbegriffe subsumiert werden können, also um bei dem Beispiel zu bleiben, als erbrechtlich bezeichnet werden können. Rechtfertigt eine der so für anwendbar erkannten Normgruppen allein oder in Zusammenhang mit anderen anwendbaren Normen den erhobenen Anspruch, so hat der Richter demselben stattzugeben. Es ist, worauf Neuner [15] in diesem Zusammenhang hinweist, klar, daß der Richter nicht die Anwendbarkeit solcher Rechte feststellen wird, die mit dem vorliegenden Fall offenbar nichts zu tun haben. Das ist aber ein Vorgang, wie er sich bei der Anwendung von Rechtsnormen auf einen konkreten Fall stets abspielt, und bedeutet keineswegs eine Qualifikation des Sachverhalts oder etwas ähnliches.

§ 2 Der Maßstab der Qualifikation

Die zur Lösung der Frage nach dem Maßstab der Qualifikation entwickelten zahlreichen, in Einzelheiten vielfach voneinander abweichenden Theorien lassen sich auf drei Grundtheorien zurückführen: die lex-fori-Theorie, die lex-causae-Theorie und die rechtsvergleichende Theorie.

Nach der lex-fori-Theorie [1] haben die von den Kollisionsnormen einer bestimmten Rechtsordnung gebrauchten Systembegriffe stets die gleiche Bedeutung

---

14) Der Sinn der IPR-Norm, S. 78.

15) A.a.O.

1) Begründet wurde diese Theorie von Bartin, Clunet, Bd. 24 (1897), S. 225-255, 466 - 495, 720 - 738 und Kahn, Abhandlungen zum IPR, Bd. I, S. 92 ff. Ihr hat sich überwiegend auch die Rechtsprechung angeschlossen. Vgl. z.B. RGZ, Bd. 138, S. 243 (245); RGZ, Bd. 163, S. 367 (375 f.); KG, JW, 1936, S. 2647; BGHZ, Bd. 29, S. 137 (139). Die Rechtsprechung des RG zu dieser Frage ist allerdings nicht einheitlich; vgl. RG, JW, 1936, S. 2142 f.

wie die entsprechenden gleichlautenden Begriffe der Sachnormen dieser Rechtsordnung. Die Auslegung der kollisionsrechtlichen Systembegriffe richtet sich also stets nach den Sachnormen der lex-fori.

Demgegenüber will die lex-causae-Theorie [2] das Wirkungsstatut, d.h. die Sachnormen der jeweils zur Anwendung berufenen Rechtsordnung darüber entscheiden lassen, ob eine ausländische Norm oder ein ausländisches Rechtsinstitut unter diesen oder jenen der von den Kollisionsnormen gebrauchten Systembegriffe fällt. Der Inhalt dieser Systembegriffe ergibt sich nach der lex-causae-Theorie nicht aus den Sachnormen der lex-fori, sondern aus denen der lex-causae.

Die rechtsvergleichende Theorie [3] schließlich will die Systembegriffe der Kollisionsnormen aus sich selbst heraus auslegen. Der Inhalt dieser Begriffe müsse entsprechend ihrem Zweck, Rechtsnormen und Rechtsinstitute verschiedenster Rechtsordnungen zu erfassen und deren rechtliche Einordnung zu ermöglichen, im Wege der Rechtsvergleichung ermittelt werden. Die enge Bindung dieser Begriffe an die gleichlautenden Begriffe der Sachnormen einer einzigen Rechtsordnung widerspreche ihrem Sinn und Zweck.

Welcher dieser verschiedenen Theorien der Vorzug zu geben ist, kann hier dahingestellt bleiben. Da es sich bei der Qualifikation des § 1371 I - III um die Qualifikation einer inländischen Sachnorm handelt, führen die lex-fori-Theorie und die lex-causae-Theorie zu dem gleichen Ergebnis, denn lex-fori wie lex-causae ist das deutsche Recht. Aber auch die rechtsvergleichende Theorie führt hier zu keinem anderen Ergebnis, geben doch die meisten ihrer

---

2) Die lex-causae-Theorie wurde zuerst von Despagnet, Clunet, Bd. 25 (1898), S. 253 ff. entwickelt. Sie wird im deutschen Schrifttum insbes. von M. Wolff, Das IPR Deutschlands, S. 53 - 60 vertreten.

3) Der Begründer dieser Theorie ist Ernst Rabel, Rabels Z, Bd. 5 (1931), S. 241 - 288; Conflict of Laws I, S. 54-66. Ihm angeschlossen haben sich insbes. Zweigert, Die dritte Schule im IPR, Festschrift für Leo Raape, S. 42-48 und Dölle, Rabels Z, Bd. 16 (1951), S. 368 f.
Eine einheitliche Bezeichnung für diese Theorie hat sich noch nicht durchgesetzt. Die hier verwendete Bezeichnung ist von Kegel, IPR, S. 88 f. übernommen. Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 106 spricht von der Lehre von den autonomen Qualifikationsbegriffen, Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, S. 25 von der Theorie des kollisionsrechtlichen Autonomismus.

Verfechter zu, daß schon allein auf Grund der Tatsache, daß auch die Kollisionsnormen Bestandteile einer nationalen Rechtsordnung sind, eine gewisse Vermutung dafür spricht, daß die in den Kollisionsnormen verwandten Begriffe keinen anderen Inhalt haben als die entsprechenden Begriffe des materiellen Rechts. Übereinstimmend gehen die Anhänger dieser Theorie sodann davon aus, daß der Begriffskern der kollisionsrechtlichen Systembegriffe aus dem materiellen Recht der lex fori, der sie ja selbst angehören, zu entnehmen ist, mit anderen Worten, daß die Begriffe der Kollisionsnormen sich zumindest ihrem Begriffskern nach mit den gleichlautenden Begriffen des materiellen Rechts decken. Sie wenden sich lediglich gegen die ihrer Ansicht nach zu enge Begrenzung des Inhalts der kollisionsrechtlichen Systembegriffe auf den Inhalt der materiell-rechtlichen Begriffe der lex fori, wie sie eine streng durchgeführte lex-fori-Theorie mit sich bringt. In der Tat würde bei einer konsequenten Beschränkung der kollisionsrechtlichen Begriffe auf den Inhalt der gleichlautenden materiell-rechtlichen Begriffe der lex fori die Erfassung ausländischer, von den Sachnormen der lex fori abweichender Normen und Rechtsinstitute erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Stimmt aber auch nach der rechtsvergleichenden Theorie zumindest der Begriffskern der kollisionsrechtlichen Systembegriffe mit den entsprechenden materiell-rechtlichen Begriffen der lex fori überein, so ist mit der materiell-rechtlichen Einordnung des § 1371 I - III ins eheliche Güterrecht oder ins Erbrecht zugleich auch über die Unterordnung unter die entsprechenden kollisionsrechtlichen Begriffe entschieden. Bei der Prüfung der Frage, ob die Vorschriften des § 1371 I - III unter Art. 15 EGBGB oder unter Art. 25 EGBGB fallen, kann deshalb ohne Bedenken von den Begriffen des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts, wie sie das BGB versteht, ausgegangen werden.

§ 3 Die Abgrenzung des ehelichen Güterrechts vom Erbrecht

Bei der Abgrenzung der in den Art. 15 und 25 EGBGB verwendeten Systembegriffe des "ehelichen Güterrechts" und der "Beerbung" ist auszugehen vom Kern dieser Begriffe. Der Kern des ehelichen Güterrechts wird von den Rechtssätzen gebildet, die das Vermögen der Ehegatten während und auf Grund der Ehe einer Sonderordnung unterstellen, sei es im Verhältnis der Ehegatten untereinander sei es im Verhältnis eines oder beider Ehegatten zu Dritten, oder anordnen, daß eine solche Sonderordnung nicht eintreten soll. Vermögensrechtliche Aussagen finden sich freilich auch in den Vorschriften über die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen (§§ 1353 ff.). Die Fragen, wie der Bereich des ehelichen Güterrechts gegenüber dem der allgemeinen Ehe-

wirkungen abzugrenzen ist, kann jedoch dahingestellt bleiben, denn hier interessiert nur die Abgrenzung des ehelichen Güterrechts vom Erbrecht. Den Kern des Erbrechts bilden dagegen die Vorschriften, welche die Rechtsnachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen regeln.

Diese rohe Abgrenzung bedarf jedoch vor allem in einer Richtung einer sehr wichtigen Ergänzung. Es ist allgemein anerkannt, daß es auch güterrechtliche Vorschriften gibt, die Bestimmungen für die Zeit nach Beendigung der Ehe, insbesondere für die Zeit nach dem Tode eines der Ehegatten enthalten. So ist beispielsweise die Vorschrift des § 1482, wonach beim Güterstand der Gütergemeinschaft der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut zu dessen Nachlaß gehört, sicher eine güterrechtliche Vorschrift, denn sie hat die Auflösung eines güterrechtlichen Sondervermögens zum Gegenstand. Das gleiche gilt für die §§ 1471 - 1481, welche die Auseinandersetzung des Gesamtguts nach Beendigung der Gütergemeinschaft regeln. Diese Vorschriften gelten auch für die nach dem Tode eines Ehegatten erforderliche Auseinandersetzung des Gesamtguts zwischen dem überlebenden Ehegatten einerseits und den Erben des verstorbenen Ehegatten andererseits. Erst wenn das Gesamtgut gemäß den §§ 1471 ff. auseinandergesetzt ist, kann die erbrechtliche Auseinandersetzung hinsichtlich des zum Nachlaß gehörenden Anteils des verstorbenen Gatten am Gesamtgut erfolgen. Die Abgrenzung des ehelichen Güterrechts zum Erbrecht hin läßt sich also nicht in der Form durchführen, daß man sagt, ehegüterrechtlich sind alle die Vorschriften, welche die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten während der Ehe, d.h. zu Lebzeiten beider Ehegatten regeln, erbrechtlich dagegen alle die Vorschriften, welche die vermögensrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten im Hinblick auf das gemeinsame Vermögen beider Ehegatten oder das Vermögen des verstorbenen Ehegatten für die Zeit nach dessen Tod betreffen. Gerade die güterrechtlichen Vorschriften, die Regelungen für die Zeit nach dem Tode eines Ehegatten treffen, sind diejenigen, deren Abgrenzung gegenüber den erbrechtlichen Vorschriften besondere Schwierigkeiten macht.

Das Institut der Universalsukzession, dessen ureigenstes Anwendungsgebiet an sich das Erbrecht darstellt, ist ebenfalls kein geeignetes Kriterium zur Abgrenzung des ehelichen Güterrechts vom Erbrecht, denn die Universalsukzession kommt auch im ehelichen Güterrecht vor [1].

Auch die Stellung im Gesetz ist nicht mehr als bestenfalls ein Indiz für den güter- oder erbrechtlichen Charakter einer Norm [2]. Die Einordnung einer

---

1) Vgl. die §§ 1416, 1483, 1490, 1491.

2) A.A. in Bezug auf § 1371 I Bosch, Fam. RZ 1957, S. 189 ff. (195).

Norm in diesen oder jenen Gesetzesabschnitt ist oft nicht so sehr das Ergebnis sorgfältiger dogmatischer Untersuchungen und Überlegungen als das historischer Zufälligkeiten und der Zweckmäßigkeit. So finden sich die Vorschriften über das Ehegattenerbrecht - auch in Fällen, in welchen es sich unzweifelhaft um ein echtes Erbrecht handelt - nicht selten in unmittelbarem Anschluß an die Bestimmungen über das eheliche Güterrecht in ein - und demselben Gesetzesabschnitt [3], ja manchmal in ein - und derselben Norm [4].

Roth [5] will nur die Vorschriften, die dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht unabhängig von der Güterordnung, in der die Ehegatten gelebt haben, zubilligen zum Erbrecht rechnen [6], während er alle die Vorschriften, die dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht nur als Surrogat der Auseinandersetzung oder sonst irgendwie in Zusammenhang mit der Auseinandersetzung gewähren, zum ehelichen Güterrecht zählt. Das unabhängig von der jeweiligen ehelichen Güterordnung gewährte Erbrecht bezeichnet er als "statutarische Portion", in den anderen Fällen spricht er von einem "Gütererbrecht". Das entscheidende Kriterium für den erbrechtlichen Charakter einer Norm erblickt Roth also darin, daß die fragliche Norm generell für alle Ehegatten gilt, ohne Rücksicht auf deren güterrechtliche Verhältnisse.

---

3) Vgl. z.B. das preuß. ALR, II. Teil, 1. Titel: Von der Ehe, 7. Abschnitt: Von der Trennung der Ehe durch den Tod, wo in den §§ 634 ff. die güterrechtliche Auseinandersetzung bei der Gütergemeinschaft und das Erbrecht des überlebenden Ehegatten miteinander geregelt sind.

4) Vgl. z.B. § 203 Arizona Revised Statutes, Laws 1955, Titel 14 "Decedents Estates and Fiduciary Relations", Fundstelle: Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II, US-Texte III, Nr. 2.
Diese Vorschrift bestimmt zunächst in ihrem güterrechtlichen Teil, daß die Hälfte des ehelichen Gesamtguts dem überlegenden Gatten kraft eigenen Rechts zusteht, und sodann in ihrem erbrechtlichen Teil, daß die andere Hälfte des Gesamtguts in Ermangelung einer anderweitigen testamentarischen Verfügung des verstorbenen Ehegatten an dessen Abkömmlinge, beim Fehlen von solchen an den überlebenden Ehegatten fällt. Ähnliche Vorschriften finden sind in fast allen Rechten der amerikanischen community-property-Staaten (Arizona, Californien, Idaho, Louisiana, Nevada, Neu-Mexiko, Texas, Washington).

5) Bayrisches Civilrecht, 1. Teil, S. 403.
Derselbe, System des Deutschen Privatrechts, 2. Teil, S. 249 - 252.

6) Ähnlich Soergel-Kegel, Art. 15 EGBGB, Anm. 8.

Diese rein formale Abgrenzung vermag jedoch nicht zu befriedigen. Sie versagt bei allen den Rechtsordnungen, die - wie die Rechtsordnung der meisten Ostblockstaaten [7] - nur einen einzigen Güterstand kennen. Aber auch dort, wo den Ehegatten die Wahl zwischen mehreren Güterständen offensteht, führt Roths Ansicht nicht immer zu zutreffenden Ergebnissen. So bestimmte beispielsweise das preußische ALR für den Fall, daß die Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft gelebt hatten und unabgefundene Kinder vorhanden waren, den Anteil des überlebenden Ehegatten am Nachlaß anders, als wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand gelebt hätten. Der gesetzliche Güterstand des ALR stimmte in etwa mit dem früheren gesetzlichen Güterstand des BGB, der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Frau durch den Mann, überein [8]. Lebten die Ehegatten in diesem Güterstand und starb einer von ihnen, erbte der überlebende Ehegatte neben Kindern ein Viertel des Nachlasses, bei mehr als drei Kindern ein Kindesteil [9]. Lebten die Ehegatten dagegen im Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, wurde nach dem Tod des einen Ehegatten zunächst einmal das gemeinschaftliche Vermögen (Gesamtgut) von dem nicht gemeinschaftlichen Vermögen des Gatten geschieden. Vom Gesamtgut nahm der überlebende Ehegatte die Hälfte als sein Eigentum zurück, die andere Hälfte gehörte zum Nachlaß [10]. Damit war die güterrechtliche Abschichtung beendet. Was sich jetzt anschloß, die Verteilung des Nachlasses, gehörte eindeutig dem Erbrecht an. Die Verteilung des Nachlasses erfuhr jedoch, wenn die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatten, eine wichtige Veränderung gegenüber der beim gesetzlichen Güterstand geltenden Regelung. Neben unabgefundenen Kindern erhielt der überlebende Ehegatte von der dem verstorbenen Ehegatten gebührenden Hälfte des Gesamtgutes nichts, obwohl sie zum Nachlaß gehörte [11]. Lediglich hinsichtlich des getrennten Vermögens (Sonder- und Vorbehaltsgut) des verstorbenen Ehegatten fand die allgemeine Erbfolge statt [12]. Obwohl in § 639 ALR II 1 die Erbfolge mit Rücksicht auf den Güterstand, in dem die Ehegatten gelebt hatten, abweichend von den allgemeinen Erbfolgebestimmungen der §§ 621 -

---

7) Z.B. Bulgarien. Vgl. Kozucharoff, Neue Justiz 1958, S. 335 - 338, oder Rumänien, vgl. Art. 30 des rumänischen Familiengesetzes v. 21.12.1953, Fundstelle: Familiengesetze sozialistischer Länder, o. Verf., Berlin 1959.

8) ALR II 1 §§ 205 - 344.

9) ALR II 1 §§ 623, 624.

10) ALR II 1 §§ 637, 638.

11) ALR II 1 § 639.

12) ALR II 1 § 636.

633 ALR II 1 geregelt war, handelte es sich hier doch um eine erbrechtliche und nicht um eine güterrechtliche Vorschrift, denn sie regelte die Rechtsnachfolge in das Vermögen des verstorbenen Ehegatten.

Ähnliche Beispiele finden sich im amerikanischen Recht, und zwar in den Erbrechtsnormen der sog. community-property-Staaten (Arizona, Californien, Idaho, Louisiana, Nevada, Neu-Mexiko, Texas, Washington). Der in diesen Staaten geltende gesetzliche Güterstand ist am ehesten mit der Errungenschaftsgemeinschaft des BGB a.F. zu vergleichen. Das von jedem Ehegatten vor der Ehe besessene Vermögen einschließlich dessen Erträgnisse, sowie die aus Erbschaft und Schenkung stammenden Werte bleiben "separate property" (Sondergut) der Ehegatten. Das während der Ehe von den Ehegatten durch eigene Arbeit erworbene Vermögen einschließlich der Surrogate bildet das sog. "community property" (Gesamtgut) der Ehegatten [13]. Beim Tod des einen Ehegatten erhält der überlebende Ehegatte die eine Hälfte des community property aus güterrechtlichen Erwägungen [14], die andere bildet zusammen mit dem separate property des verstorbenen Ehegatten dessen Nachlaß [15]. Für die Erbfolge in die dem verstorbenen Ehegatten gebührende Hälfte des community property gelten jedoch in allen Staaten mit Rücksicht auf die besondere Art des Güterstandes andere Vorschriften als für die Erbfolge in das separate property, für welche die allgemeinen Erbrechtsvorschriften maßgebend sind. Häufig findet sich z.B. die Bestimmung, daß die dem verstorbenen Ehegatten zustehende Hälfte des community property in Ermangelung einer anderweitigen testamentarischen Verfügung des verstorbenen Ehegatten dem überlebenden Ehegatten allein zufällt, während er das separate property mit den Verwandten des Erblassers, insbes. seinen Abkömmlingen, Eltern oder Geschwistern teilen muß [16]. Daß der überlebende Ehegatte diese Hälfte des community property als Erbe und nicht etwa kraft Güterrechts erhält, ergibt sich schon daraus, daß dem verstorbenen Ehegatten bezüglich dieser Hälfte, im Gegensatz zu der dem überlebenden Ehegatten kraft Güterrechts zustehenden Hälfte, die Befugnis zur

---

13) Vgl. Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II, Grdz. D VII, Rdz. 90.

14) In New-Mexiko erhält der überlebende Ehegatte sogar das ganze community property.

15) Vgl. Atkinson, Law of Wills, S. 108, Rabel, Conflict of Laws I, S.404 f.

16) Vgl. etwa California Probate Code §§ 201, 221, Idaho Code 1947 sect. 14.103, sect. 14.113, Nevada Revised Statutes, Titel 12, Wills and Estates of Deceased Persons, 123.250, Fundstelle: Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II, US-Texte III.

testamentarischen Verfügung eingeräumt ist. Auch erscheint es abwegig, anzunehmen, daß der überlebende Ehegatte die zweite Hälfte des community property das eine Mal, wenn der verstorbene Ehegatte hierüber keine testamentarische Verfügung getroffen hat, kraft Güterrechts, das andere Mal, wenn der verstorbene Ehegatte ihm diese Hälfte durch Testament zuwendet, dagegen kraft Erbrechts erhält.

Ganz eindeutig um erbrechtliche Vorschriften handelt es sich bei den Regelungen anderer community-property-Staaten. Nach dem Recht von Arizona, Texas und Washington z.B. fällt der Anteil des verstorbenen Ehegatten am community-property in Ermangelung einer anderweitigen testamentarischen Verfügung des letzteren an seine Abkömmlinge. Der überlebende Ehegatte erhält neben Abkömmlingen von dem Anteil des verstorbenen Ehegatten am community-property nichts. Am separate-property des verstorbenen Ehegatten ist er dagegen neben den Abkömmlingen zu einer bestimmten Quote, meist einem Drittel, zum Erben berufen. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, erhält der überlebende Ehegatte den Anteil des verstorbenen am community property allein, während er das separate property in der Regel mit den Eltern des verstorbenen Ehegatten, seinen Geschwistern und Abkömmlingen derselben teilen muß. Nur wenn diese Personen fehlen, erhält der überlebende Ehegatte auch das separate property und damit den gesamten Nachlaß allein [17].

In Louisiana bekommt der überlebende Ehegatte vorbehaltlich einer anderweitigen testamentarischen Anordnung neben Abkömmlingen den lebenslänglichen Nießbrauch an dem community-property-Anteil des verstorbenen Ehegatten, neben Eltern oder einem Elternteil die Hälfte dieses Anteils und, wenn weder Abkömmlinge noch Eltern vorhanden sind, den ganzen Anteil. Am separate property dagegen gewährt das Recht von Louisiana dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht erst nach allen Blutsverwandten [18].

Diese Beispiele aus dem preußischen ALR und dem amerikanischen Recht zeigen eindeutig, daß die Tatsache, daß eine Norm die Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen nicht unabhängig von den

---

17) Vgl. Arizona Revised Statutes, Laws 1955, Titel 14, "Decedents Estates and Fiduciary Relations", §§ 201, 203. Texas Probate Code v. 4.4.1955, §§ 38, 45. Revised Code of Washington, Titel 11, "Probate Law and Procedure", 11.04.50, 11.04.020, 11.04.030, Fundstelle: Ferid-Firsching, a.a.O.

18) Vgl. Louisiana Civil Code Art. 915 - 917, 924, Fundstelle: Ferid-Firsching, a.a.O.

güterrechtlichen Verhältnissen, in denen die Ehegatten gelebt haben, regelt, nichts Entscheidendes über den güterrechtlichen oder erbrechtlichen Charakter der Norm besagt. Es ist im Gegenteil regelmäßig so, daß der Gesetzgeber bei der Frage, ob und in welchem Umfang dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht am Nachlaß des verstorbenen Ehegatten eingeräumt werden soll, den Güterstand, in dem die Ehegatten gelebt haben, gebührend berücksichtigt [19].

So kennt z.B. das schwedische Recht kein gesetzliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten am Nachlaß des verstorbenen Ehegatten, wenn Abkömmlinge des letzteren vorhanden sind [20]. Diese Regelung ist nur verständlich, wenn man die Gestaltung des ehelichen Güterrechts in die Betrachtung mit einbezieht. In Schweden herrscht, sofern die Ehegatten ehevertraglich nichts anderes vereinbart haben, während der Ehe zwar Gütertrennung, doch steht bei der Auflösung der Ehe jedem Ehegatten das Recht auf gleichmäßige Teilung des Vermögens beider Ehegatten zu ("giftorätt") [21]. Durch diese gleichmäßige Teilung des gesamten Vermögens beider Ehegatten, die im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod eines der Ehegatten außerdem noch eine wichtige Änderung in der Form erfährt, daß der überlebende Ehegatte bei der Teilung einen Vermögensanteil im Wert von 6 000,- Kronen vorweg erhält [22], schien dem schwedischen Gesetzgeber der überlebende Ehegatte für den Fall des Zusammentreffens mit Abkömmlingen des Erblassers offenbar hinreichend am Vermögen des letzteren beteiligt [23].

Den umgekehrten Weg ist England gegangen. Das englische Recht kennt keine gesetzliche Teilhabe des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen

---

19) Vgl. Hallstein, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. III, "Gesetzliche Erbfolge", S. 781 ff., ferner Neuner, Der Sinn der IPR-Norm, S.67.

20) Vgl. Kap. 2 § 1 des schwedischen Gesetzes über das gesetzliche Erbrecht v. 8.6.1928. Fundstelle: Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. X, herausg. v. Schlegelberger / von Seth / Freiherr Wrede / Dix, Das Zivilrecht der nordischen Länder, Teil I, Das Zivilrecht Finnlands u. Schwedens, Lieferung 4a, S. 117 ff.

21) Vgl. Ake Malmström, Matrimonial Property Law in Sweden, in W. Friedmann, Matrimonial Property Law, S. 410-429.

22) Derselbe, a.a.O., S. 427 f.

23) Man wird M. Wolff, IPR, S. 59, deshalb Recht geben müssen, wenn er bei der Erörterung des bekannten "Schwedenfalls" davon ausgeht, daß das schwedische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen nur deshalb nichts gewährt, weil er schon durch das Güterrecht hinreichend versorgt ist.

kraft Güterrechts. Dafür hat es die erbrechtliche Position des überlebenden Ehegatten sehr stark ausgebaut. Außer den sog. "personal chattels" erhält der überlebende Ehegatte neben Kindern die Summe von 5 000 Pfund und einen ablösbaren Nießbrauch an der Hälfte des Restes, neben Eltern, Geschwistern oder Abkömmlingen derselben, die Summe von 20 000 Pfund und die Hälfte des Restes zu Eigentum [24]. Sind keine derartigen Verwandten vorhanden, erhält der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß. Mit Recht betont Kahn-Freund [25], daß der heutige Zustand des englischen Ehegüterrechts und der gesetzlichen Erbfolge in seinen praktischen Auswirkungen gar nicht so weit von einer Gütergemeinschaft von Todes wegen entfernt ist, als es zunächst den Anschein hat.

Auch beim Erlaß des BGB ist die Gestaltung des Ehegattenerbrechts nicht ohne Berücksichtigung des ehelichen Güterrechts erfolgt. In der Denkschrift zum Entwurf eines BGB heißt es ausdrücklich, das Erbrecht des überlebenden Ehegatten finde, vom Standpunkt des Entwurfs, seine besondere Rechtfertigung noch darin, daß der gesetzliche Güterstand des Entwurfs, die Verwaltungsgemeinschaft, als solcher keine die Ehe überdauernden Nachwirkungen habe[26].

Etwas Gegenteiliges läßt sich auch nicht aus der Tatsache folgern, daß im BGB in der bis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18.6.1957 geltenden Fassung das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten für alle Güterstände einheitlich geregelt war. Der Gesetzgeber ging bei der Gestaltung des Ehegattenerbrechts eben von dem Normalfall aus, daß die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand lebten. Eine besondere Regelung des Ehegattenerbrechts für die Fälle, daß die Ehegatten in einem anderen als dem gesetzlichen Güterstande lebten, sah er, abgesehen von dem Sonderfall der fortgesetzten Gütergemeinschaft, offenbar nicht für erforderlich an. Er durfte wohl auch davon ausgehen, daß, wenn die Ehegatten sich schon die Mühe machten, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch einen Ehevertrag zu regeln, sie auch die Mühe nicht scheuten, die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten durch Testament oder Ehevertrag ihren Bedürfnissen entsprechend zu gestalten, wenn sie mit der gesetzlichen Regelung nicht einverstanden waren.

---

24) Vgl. Kahn-Freund, Matrimonial Property Law in England, in W. Friedmann, Matrimonial Property Law, S. 267 - 314.

25) a.a.O., S. 285.

26) Denkschrift zum Entwurf eines BGB, S. 258 f.

Auch bei den Reformarbeiten zur Neugestaltung des Erbrechts ist auf die Bedeutung des ehelichen Güterrechts für die Gestaltung des Ehegattenerbrechts hingewiesen worden und wurde bei der Ausarbeitung der Reformvorschläge eingehend untersucht, welche Auswirkungen eine eventuelle Neuordnung des ehelichen Güterrechts auf das Ehegattenerbrecht haben würde [27].

Silberschmidt [28] will das eheliche Güterrecht und das Erbrecht mit Hilfe der Unterscheidung zwischen Auseinandersetzung und Beerbung gegeneinander abgrenzen. In jedem ehelichen Güterrechtssystem, auch bei der bloßen Verwaltungsgemeinschaft oder beim Dotalrecht, finde eine tatsächliche Vereinigung des Vermögens beider Ehegatten statt, die in den vom Güterrecht zu bestimmenden Momenten aufgelöst werden müsse. Stets sei also eine Auseinandersetzung, eine Liquidation, erforderlich, ähnlich wie bei einer Gesellschaft. Werde der Güterstand, wie in der Regel, durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst, müsse zuerst die tatsächliche Verteilung des Vermögens von Mann und Frau erfolgen, dann erst könne die Beerbung des verstorbenen Ehegatten stattfinden. Die tatsächliche Auseinandersetzung entnehme ihre Normen dem die Ehe beherrschenden Güterrecht. Dagegen handle es sich bei der Frage, wer den bei der Auseinandersetzung ermittelten Anteil des verstorbenen Ehegatten erhalten solle, um eine Frage des Erbrechts. Das Güterrecht soll mit anderen Worten für den Umfang des Nachlasses maßgebend sein, das Erbrecht für die Frage, wer den Nachlaß erhalten soll [29].

Diese Ansicht hat, zumindest soweit es um die Liquidation des Gesamtguts bei den verschiedenen Formen der Gütergemeinschaft geht, in der Folgezeit viele Befürworter gefunden [30]. Auch das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung vom 25.10.1895 (RGZ, Bd. 36, S. 331 ff. (333)) ausgeführt, daß insbesondere diejenigen Vorschriften, "welche sich auf die Teilung des gemeinsam gewesenen Vermögens beziehen" als güterrechtlich behandelt werden müssen.

Die Richtigkeit des Satzes, daß alle Vorschriften, welche die Auseinandersetzung des bei den Gütergemeinschaften gebildeten Gesamtgutes betreffen, als ehegüterrechtlich anzusehen sind, ergibt sich schon aus Gründen der Rechtslogik.

---

27) Vgl. Lange, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 118 ff. Boehmer, Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 96 ff.

28) NZ Bd. 3, S. 132 ff. (145).

29) So Lewald, Das deutsche IPR auf Grundlage der Rechtsprechung, S. 96 ff.

30) Vgl. z.B. Lewald, a.a.O.
Kaden, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. II, "Eheliches Güterrecht", S. 704 ff.

Der Nachlaß besteht aus dem Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes. Das eheliche Gesamtgut ist gemeinsames Eigentum der Ehegatten. Zum Nachlaß des verstorbenen Ehegatten kann also nicht das ganze Gesamtgut, sondern nur der Anteil des verstorbenen Ehegatten daran gehören. Die Bestimmung dieses Anteils ist Aufgabe und Bestandteil des ehelichen Güterrechts, desgleichen die Regelung der tatsächlichen Auseinandersetzung des Gesamtguts. Erst wenn diese Auseinandersetzung erfolgt ist, steht fest, was zum Vermögen des verstorbenen Ehegatten und somit zu dessen Nachlaß gehört.

Nicht ganz so einleuchtend ist es, wenn Silberschmidt die Unterscheidung von Auseinandersetzung und Beerbung auch über das Gebiet der Gütergemeinschaften hinaus als zur Abgrenzung des Güterrechts vom Erbrecht taugliches Kriterium ansehen will. Kommt es nicht zur Bildung eines (rechtlich) gemeinsamen Vermögens der Ehegatten, steht beim Tod des einen Ehegatten an sich fest, was zum Vermögen des verstorbenen Ehegatten und damit zum Nachlaß und was zum Vermögen des überlebenden Ehegatten gehört. Schwierigkeiten kann allenfalls die tatsächliche Feststellung der Zugehörigkeit dieses oder jenes Gegenstandes zum Nachlaß oder zum Vermögen des überlebenden Ehegatten machen. Diesen Schwierigkeiten kann die Rechtsordnung abhelfen, indem sie Vermutungen über die Zugehörigkeit der verschiedenen Gegenstände zum Vermögen des einen oder des anderen Ehegatten aufstellt. Derartige Vorschriften können dem ehelichen Güterrecht zuzurechnen sein, müssen es aber nicht. Die Schwierigkeiten ergeben sich nämlich meist nicht aus der vom Güterrecht geschaffenen vermögensrechtlichen Sonderordnung zwischen den Ehegatten, sondern aus der rein tatsächlichen Vermischung des Vermögens von Mann und Frau während der Ehe, wie sie sich ganz unabhängig von der rechtlichen Gestaltung des Güterstandes aus der engen Lebensgemeinschaft der Ehegatten ergibt. Dementsprechend sind die Vorschriften, die diesen Schwierigkeiten abhelfen sollen, wie etwa § 1362 II BGB, in der Regel zu den Vorschriften über die persönlichen Ehewirkungen zu zählen und nicht zum ehelichen Güterrecht[31]. Nicht alle Vorschriften, die der Trennung und Verteilung des Vermögens von Mann und Frau dienen, gehören somit zum Ehegüterrecht.

Aber auch im Verhältnis zum Erbrecht lassen sich mit der These Silberschmidts nicht alle Abgrenzungsprobleme lösen. Selbst wenn die güterrechtliche Auseinandersetzung i.S. Silberschmidts beendet ist und also feststeht, was zum Nachlaß und was zum Vermögen des überlebenden Ehegatten gehört, ist noch Raum für güterrechtliche Vorschriften.

---

31) Vgl. Soergel-Kegel, Art. 14 EGBGB, Anm. 35.

So kann nach § 1371 II HS 1 der überlebende Ehegatte, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 verlangen. Die dem überlebenden Ehegatten danach zustehende Ausgleichsforderung ist eine Geldforderung. Sie richtet sich als Nachlaßforderung gegen den Nachlaß. Nach Silberschmidts These müßte man diese Ausgleichsforderung dem Erbrecht zurechnen, denn mit der Auseinandersetzung einer durch das Güterrecht geschaffenen rechtlichen oder tatsächlichen Vermögensgemeinschaft der Ehegatten hat die gegen den Nachlaß gerichtete Geldforderung des überlebenden Ehegatten nichts zu tun. Tatsächlich können aber an dem güterrechtlichen Charakter dieser Ausgleichsforderung keine Zweifel bestehen[32].

Die an Hand des Rechts der Gütergemeinschaften gewonnene Erkenntnis, daß der Beerbung die güterrechtliche Auseinandersetzung des Gesamtguts voranzugehen hat, vermag also kein allgemeingültiges Abgrenzungskriterium zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht abzugeben.

Im Gegensatz zu den bisher erörterten Versuchen, das eheliche Güterrecht vom Erbrecht mit Hilfe mehr oder weniger formaler Kriterien abzugrenzen, stellt die Rechtsprechung und die ihr folgende herrschende Meinung auf materielle Kriterien ab. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung wiederholt betont, daß es bei der Frage, ob eine Norm als güterrechtlich oder erbrechtlich anzusehen sei, nicht auf das äußere Erscheinungsbild der Bestimmung ankomme, sondern darauf, ob sie "aus dem Wesen des Güterrechts hervorgehe", mit dem Güterrecht "in innerem, untrennbarem Zusammenhang" stehe, sie lediglich "eine Folge", "einen Ausfluß" des ehelichen Güterrechts bilde[33].

Ähnliche Formulierungen wie in den angeführten höchstrichterlichen Entscheidungen finden sich vielfach in der Literatur[34].

Neuner[35] hält eine scharfe, begriffliche Scheidung zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht in vielen Fällen für unmöglich. Das komme daher, daß

---

32) Vgl. unten S. 89 ff.

33) Vgl. RG Seufferts Archiv, Bd. 43, Nr. 196,
(Urt. v. 19.12.1884), RGZ, Bd. 36, S. 205,
(Urt. v. 3.3.1896), RGZ, Bd. 36, S. 331,
(Urt. v. 25.10.1895), RG JW 1938, S. 1718.

34) Vgl. u.a. Staudinger-Raape, Art. 15 EGBGB, F. VI,
Soergel-Kegel, Art. 15 EGBGB, Anm. 6,
Palandt-Lauterbach, Art. 15 EGBGB, Anm. 4,
Kegel, IPR, S. 261, Raape, IPR, S. 335.

35) Der Sinn der IPR-Norm, S. 67 ff.

die güterrechtlichen und erbrechtlichen Vorschriften in fast allen Rechtsordnungen aufeinander abgestimmt und zum Teil eng miteinander verflochten seien. Zahlreiche Rechtsordnungen enthielten Institutionen, die zwischen Güter- und Erbrecht in der Mitte schwebten und sich nicht ohne Gewalt in die eine oder andere Kategorie einordnen ließen. Die Grenzen der Normgruppen würden nicht auf Grund einer begrifflichen Qualifikation, sondern auf Grund des sachlichen Zusammenhangs des anzuwendenden Rechts bestimmt. Zum Güterrecht seien alle jene Normen zu rechnen, deren Anwendung erforderlich sei, um das vom Güterrechtsstatut gewünschte wirtschaftliche und soziale Ergebnis zu erreichen. Dazu gehörten unter Umständen auch die Bestimmungen über das Ehegattenerbrecht. Dieselbe Erwägung müsse aber auch für das Erbrecht angestellt werden. Auch hier müsse der sachliche Zusammenhang entscheiden und es könne sein, daß unter dem Titel erbrechtlicher Normen auch einmal Bestimmungen anzuwenden seien, die man gewöhnlich nicht zum Erbrecht rechne.

Ähnlich wie Neuner stellt auch Wengler [36] auf den rechtspolitischen Zusammenhang ab, in dem ein Rechtssatz zu bestimmten anderen Rechtssätzen steht. Bei der von den Sammelbegriffen des IPR geforderten Gruppenbildung sei von einem Kern auszugehen, der durch "Merkmale des Tatbestandes bzw. der Rechtsfolge" gekennzeichnet sei. Außer diesem Gruppenkern gehörten zu den einzelnen, vom IPR gebildeten Rechtssatzgruppen alle jene Rechtssätze, "welche mit den Sätzen des Gruppenkerns in einem rechtspolitischen Zusammenhang stehen, derart, daß sie die Existenz aller oder bestimmter Rechtssätze des Gruppenkerns voraussetzen, wenn sie selbst sinnvoll sein wollen".

Gegen diese Ansichten Neuners und Wenglers müssen jedoch gewisse Bedenken geltend gemacht werden. Die Auffassungen beider Autoren sind dadurch gekennzeichnet, daß sie den Rahmen der güterrechtlichen und erbrechtlichen Normen möglichst weit spannen, um die rechtspolitischen Zusammenhänge der Normen wahren zu können. Ein solches Verfahren führt jedoch zwangsläufig zu zahlreichen Überschneidungen [37], deren Beseitigung dann neue Schwierigkeiten bereitet. Methodisch sauberer und auch zweckmäßiger dürfte es deshalb sein, zunächst so klar und scharf wie möglich zwischen güterrechtlichen und erbrechtlichen Normen zu trennen. Erst wenn mit Hilfe einer derartigen Qualifikation kein brauchbares Ergebnis zu gewinnen ist, kann und muß im Wege der Anpassung eine Korrektur vorgenommen werden. Diese nachträgliche Korrektur hat aber nichts mit der Qualifikation selbst zu tun.

---

36) Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im IPR, Festschrift für M. Wolff, S. 347 f.

37) Wengler, a.a.O., spricht hier von "Mehrfachqualifikationen".

Führt die Anpassung zur Anwendung von Normen, die bei der Qualifikation als unanwendbar ausgeschieden wurden, etwa weil sie erbrechtlicher Natur sind, nach dem IPR aber nur die güterrechtlichen Normen der betreffenden Rechtsordnung zur Anwendung berufen sind, werden diese Rechtssätze angewandt, nicht weil sie jetzt plötzlich als güterrechtlich anzusehen wären, sondern obwohl sie erbrechtlicher Natur sind. Demgegenüber führt Neuners und Wenglers Verfahren zu einer bald güterrechtlichen, bald erbrechtlichen Qualifikation ein- und derselben Norm. Der praktische Vorteil der hier vertretenen Methode besteht darin, daß eine Anpassung immer nur dann erforderlich wird, wenn die Qualifikation allein zu keinem brauchbaren Ergebnis führt, während durch die weite Qualifikation Neuners und Wenglers häufig Überschneidungen und damit Schwierigkeiten entstehen, die bei einer engeren, schärferen Qualifikation gar nicht aufgetaucht wären.

Demgegenüber kann der auf den inneren, untrennbaren Zusammenhang mit dem Wesen, dem Kern des Güterrechts abstellenden Auffassung der Rechtsprechung und der in der Literatur herrschenden Meinung grundsätzlich zugestimmt werden [38]. Mit dieser Erkenntnis sind aber die Schwierigkeiten der Abgrenzung von Güter- und Erbrecht im konkreten Einzelfall noch keineswegs gelöst, denn diese bestehen meistens gerade darin, festzustellen, ob dieser untrennbare innere Zusammenhang mit dem Wesen des Güterrechts gegeben ist. Die Beantwortung dieser Frage würde durch das Abstellen auf formale Kriterien zweifellos wesentlich erleichtert, da deren Vorliegen ungleich leichter zu erkennen ist als das Vorhandensein jenes untrennbaren, inneren Zusammenhangs, aber formale Merkmale sind ihrer Natur nach äußerlich und vermögen deshalb über den inneren Zusammenhang zwischen mehreren Normen nichts Entscheidendes auszusagen. Sie sind allenfalls ein Indiz, aus dem auf das Vorliegen eines derartigen Zusammenhangs geschlossen werden kann. Den Ausschlag gibt vielmehr der materielle Inhalt einer Norm. Diesen gilt es also in erster Linie zu ermitteln. Neben dem Tatbestand und der Rechtsfolge der Norm kommt es dabei insbesondere noch auf ihren rechtspolitischen Zweck an. Auch die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Norm darf nicht außer Acht gelassen werden.

Dem rechtspolitischen Zweck wird verschiedentlich die ausschlaggebende Bedeutung zugemessen [39]. Das ist jedoch zu weitgehend. Sicher ist der Zweck

---

38) Dieser Kern des ehelichen Güterrechts wird - wie oben S. 12 bereits festgestellt - von den Rechtssätzen gebildet, die das Vermögen der Ehegatten während und auf Grund der Ehe einer Sonderordnung unterstellen oder anordnen, daß eine solche Sonderordnung nicht eintreten soll.

39) So insbes. Graf Luxburg, NZ Bd. 23, S. 20 ff. (76).

einer Norm für ihren materiellen Inhalt von großer Wichtigkeit, aber in ihm allein das ausschlaggebende Kriterium für die Qualifikation zu sehen, heißt, seine Bedeutung hierfür überschätzen. Der Gesetzgeber verfolgt nämlich mit einer Norm häufig nicht nur einen Zweck, sondern mehrere Zwecke gleichzeitig. Gerade im Grenzbereich zwischen dem ehelichen Güterrecht und dem Erbrecht überschneiden und decken sich die Ziele und Zwecke des Ehegüterrechts und des Erbrechts, insbesondere des Ehegattenerbrechts, weitgehend. Neben dem hauptsächlich ethisch fundierten Gedanken, daß dem überlebenden Ehegatten als dem engsten Lebensgefährten des verstorbenen Ehegatten auch ein Erbrecht an dessen Nachlaß zustehen müsse [40], liegt dem Ehegattenerbrecht vor allem noch der Gedanke der Versorgung des überlebenden Ehegatten zugrunde [41]. Der überlebende Ehegatte soll sich nach dem Tod seines Lebensgefährten nicht auch noch materiellen Sorgen oder gar einer Bedrohung seiner wirtschaftlichen Existenz gegenübergestellt sehen. Es soll ihm insbesondere - soweit dies mit den Interessen der übrigen Erben, vor allem der Kinder, vereinbar ist - nach Möglichkeit die Beibehaltung der während der Ehe eingenommenen sozialen Stellung ermöglicht werden. Daneben spielt beim Ehegattenerbrecht ferner noch der Gedanke der Teilhabe des überlebenden Ehegatten an dem Vermögenserwerb des verstorbenen Ehegatten während der Ehe eine gewisse Rolle, auch wenn dies im BGB bis zum Gleichberechtigungsgesetz nicht ausdrücklich gesagt war [42]. Spezifisch erbrechtlichen Charakter trägt nur der erste Gedanke, der Versorgungsgedanke und der Gedanke der Teilhabe am gemeinsam Erworbenen stammen vorwiegend aus dem Güterrecht. Der Versorgungsgedanke beispielsweise ist ganz eindeutig das entscheidende gesetzgeberische Motiv für die Schaffung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gewesen, während der Gedanke der Teilhabe am gemeinsam Erworbenen das Grundprinzip der Errungenschaftsgemeinschaft bildet.

Dieses Nebeneinander erbrechtlicher und güterrechtlicher Gedanken im Bereich des Ehegattenerbrechts nimmt nicht Wunder, wenn man sich die historische

---

40) Vgl. dazu die Denkschrift zum Entwurf eines BGB, S. 258, Motive zum BGB, Bd. V, S. 369, Kipp-Coing, Erbrecht, S. 25 f., Lange, Die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 111, Staudinger-Boehmer, § 1931, Anm. 1.

41) Vgl. dazu Motive zum BGB, Bd. V, S. 368, Lange, a.a.O., S. 111, Boehmer, Vorschläge zur Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge, S. 93 f., Staudinger-Boehmer, § 1931, Anm. 1.

42) Vgl. dazu Lange, a.a.O., S. 111, Boehmer, a.a.O., S. 96, ferner aus der Entstehungsgeschichte des BGB den Bericht der Reichstagskommission v. 12.6.1896 bei Mugdan, Die gesammelten Materialien zum BGB, Bd. V, S. 880.

Entwicklung des Ehegattenerbrechts vergegenwärtigt. Das Ehegattenerbrecht hat sich in Deutschland in engem Zusammenhang mit dem Ehegüterrecht und hier insbesondere mit dem Recht der Gütergemeinschaften entwickelt, ja es ist vielfach direkt aus dem Güterrecht hervorgegangen [43]. Das Erbrecht war ursprünglich im deutschen Recht genau wie im römischen Recht ein reines Verwandtenerbrecht, in das der Gedanke einer erbrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten erst spät und meist nur über den Umweg des Ehegüterrechts Eingang gefunden hat [43a]. Viele der Partikularrechte, die teilweise noch bis zum Inkrafttreten des BGB fortgalten, unterschieden nicht genau zwischen güterrechtlicher und erbrechtlicher Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen Ehegatten. So fand bei den verschiedenen Formen der Gütergemeinschaft beim Tode des einen Ehegatten häufig keine von der Erbfolge getrennte Liquidation des ehelichen Gesamtgutes statt, an die sich dann die Beerbung angeschlossen hätte, sondern das ganze, ungeteilte Gesamtgut wurde nach bestimmten Quoten unter den überlebenden Ehegatten und die übrigen Erben, insbesondere die Abkömmlinge, verteilt [44].

In dieser Form verfuhr zum Beispiel auch das erste württembergische Landrecht von 1554 [45]. Als gesetzlichen Güterstand führte es die Errungenschaftsgemeinschaft ein. Nach dem Tode des einen Ehegatten waren zunächst die gemeinsamen Schulden der Ehegatten aus dem Gesamtgut zu begleichen, sodann erhielt der überlebende Ehegatte den Voraus, und was dann noch vom Gesamtgut und vom Sondergut des verstorbenen Ehegatten vorhanden war, bildete den Nachlaß, der je zur Hälfte zwischen dem überlebenden Ehegatten und den übrigen erbberechtigten Verwandten verteilt wurde. Waren gemeinsame Kinder aus der Ehe des verstorbenen Ehegatten mit dem überlebenden vorhanden, gehörte sogar noch das Sondergut des überlebenden Ehegatten zur Erbmasse. Der Nachlaß wurde in diesem Fall also aus der gemeinsamen Errungenschaft und den Sondergütern beider Ehegatten gebildet.

Erst das dritte württembergische Landrecht von 1610 brachte eine scharfe Trennung zwischen Güter- und Erbrecht. Der Nachlaß wurde jetzt nicht mehr aus der gesamten, ungeteilten Errungenschaft und dem Sondergut des verstorbenen

---

43) Vgl. Kipp-Coing, Erbrecht, S. 25, Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 115, Roth, System des Deutschen Privatrechts, 2. Teil, S. 250.

43a) Vgl. Lange, a.a.O., S. 115.

44) Vgl. Gerber, System des Deutschen Privatrechts, S. 701; Stobbe-Lehmann, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. IV, § 282 II, III, § 302.

45) Vgl. dazu im einzelnen Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, S. 42 ff.

Ehegatten oder gar auch noch dem des überlebenden Ehegatten gebildet, sondern nur noch aus der Hälfte der gemeinsamen Errungenschaft und dem Sondergut des verstorbenen Ehegatten. Die andere Hälfte der Errungenschaft zog der überlebende Ehegatte von jetzt an als den ihm gebührenden Anteil am Gesamtgut kraft Güterrechts an sich, bevor es zur Beerbung des verstorbenen Ehegatten kam [46].

Aber auch in den Partikular-Rechten, in welchen als gesetzlicher Güterstand die Gütertrennung - meist verbunden mit einem Verwaltungsrecht des Ehemannes am Vermögen der Ehefrau - galt, fanden sich häufig Vorschriften, in denen Güter- und Erbrecht untrennbar vermischt war. So kannte z.B. das Lübische Recht von 1586, das in verschiedenen norddeutschen Städten noch bis zum Inkrafttreten des BGB fortgalt, ein Wahlrecht des überlebenden Ehegatten, ob er nach dem Tode des anderen Ehegatten sein eingebrachtes Gut zurückverlangen und das Vermögen des verstorbenen Ehegatten zwischen sich und den Kindern teilen wollte, oder ob er das ganze, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich vereinigte Vermögen beider Ehegatten mit den übrigen Erben teilen wollte (sog. Grundteilung oder Totteilung) [47].

Das Nebeneinander güterrechtlicher und erbrechtlicher Zwecke im Bereich des Ehegattenerbrechts vermindert unvermeidlich das Gewicht, das dem rechtspolitischen Zweck einer Norm für deren Qualifikation als güter- oder erbrechtlich zukommt. Nicht immer wird es leicht oder überhaupt möglich sein, festzustellen, welcher der mehreren Zwecke als der ausschlaggebende anzusehen ist.

Dazu kommt, daß der Gesetzgeber bei der Verfolgung eines bestimmten rechtspolitischen Zwecks durchaus nicht an eine von vornherein feststehende Art der Regelung gebunden ist. Es steht vielmehr in seinem freien Ermessen, wie er ein von ihm als erstrebenswert erkanntes Ziel zu erreichen suchen will. So ist es ohne weiteres möglich, daß der eine Gesetzgeber den Gedanken der Versorgung des überlebenden Ehegatten durch güterrechtliche Institutionen, etwa eine fortgesetzte Gütergemeinschaft, zu verwirklichen sucht, und der andere Gesetzgeber durch eine bestimmte Gestaltung des Erbrechts, etwa die Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Vorerben. Ein ähnliches Beispiel bietet etwa der berühmte Prozeßkostenvorschuß. Er kann vom Gesetzgeber als güterrechtlicher Anspruch ausgestaltet sein, wie dies etwa in § 1387 BGB a.F. der Fall war, oder als Ausfluß der Unterhaltspflicht, wie dies für das

---

46) Vgl. Wächter, a.a.O., S. 427 f.
47) Vgl. Stobbe-Lehmann, a.a.O., § 295, III.

österreichische Recht [48] oder nunmehr auch für das deutsche Recht [49] zutrifft. Den rechtspolitischen Zielen und Zwecken kommt eben a priori eine juristische Natur so wenig zu wie einem bestimmten Sachverhalt. Sie liegen wie die Sachverhalte auf dem Gebiet des rein Tatsächlichen und werden einer juristischen Qualifikation erst im Zusammenhang mit ihrer Gestaltung durch eine bestimmte Rechtsordnung zugänglich. In der ungenügenden Erkenntnis dieses Umstandes liegt wohl die Wurzel der einseitigen Überschätzung der Bedeutung des rechtspolitischen Zwecks einer Norm für deren juristische Qualifikation. Die Qualifikation kann immer nur erfolgen, indem man sowohl den Zweck als auch die Art, wie die Rechtsordnung diesen Zweck verfolgt, in die Betrachtung mit einbezieht.

Zusammenfassend ist als Ergebnis dieses Kapitels festzustellen: Unter dem von Art. 15 EGBGB verwendeten Begriff "eheliches Güterrecht" ist der Inbegriff aller jener Rechtssätze zu verstehen, die das Vermögen der Ehegatten während und auf Grund der Ehe einer Sonderordnung, sei es im Verhältnis der Ehegatten untereinander, sei es im Verhältnis der beiden Ehegatten zu dritten Personen, unterstellen oder anordnen, daß eine solche Sonderordnung nicht eintreten soll. Weiter gehören zum ehelichen Güterrecht alle die Rechtssätze, welche die vermögensrechtliche Stellung der Ehegatten nach Auflösung der Ehe, insbesondere auch die vermögensrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod des anderen Ehegatten, in Bezug auf ihr gemeinsames oder getrenntes Vermögen betreffen, und die mit der während der Ehe für das Vermögen der Ehegatten geltenden Sonderordnung in einem untrennbaren, inneren Zusammenhang stehen. Dieser untrennbare, innere Zusammenhang läßt sich nicht mit Hilfe formaler Merkmale feststellen, sondern nur an Hand des materiellen Inhalts der Normen. Der letztere ergibt sich nicht aus dem Zweck der Vorschriften allein, sondern auch aus der Art, wie die Rechtsordnung diesen Zweck verfolgt. Neben dem Zweck der Norm sind daher ihr Tatbestand und die sich aus diesem ergebenden Rechtsfolgen von entscheidender Bedeutung. Auch die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Norm darf nicht außer Acht gelassen werden. Äußere, formale Merkmale können als Indiz für den materiellen Inhalt von Bedeutung sein.

Zu den Vorschriften über die "Beerbung" (Art. 25 EGBGB) sind demgegenüber alle die Normen zu zählen, welche die Rechtsnachfolge in die Rechte und Pflichten eines Verstorbenen regeln oder damit in untrennbarem, innerem Zusammenhang stehen.

---

48) Vgl. § 91 i. V. m. § 672 ABGB.
49) Vgl. § 1360 a IV.

II. Kapitel

Der große Pflichtteil

§ 4 Der Streitstand

Bevor auf die eigentlichen Qualifikationsfragen eingegangen werden kann, ist zunächst einmal erforderlich, einige Streitfragen zu klären, die sich bei der Auslegung des § 1371 I - III ergeben haben, denn die Qualifikation einer Norm erfordert, wie eben festgestellt wurde, eine genaue Kenntnis ihres Tatbestandes und ihrer Rechtsfolgen.

Durch § 1371 I ist der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht worden, sofern die Ehegatten beim Tod des erstverstorbenen Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt haben. Nach § 2303 I 2 besteht der Pflichtteil in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Da zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten nach § 2303 II 1 auch der überlebende Ehegatte gehört, erhebt sich die Frage, ob durch die Erbteilerhöhung des § 1371 I zugleich auch der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten erhöht worden ist. Enthielte § 1371 keine weiteren Bestimmungen als die in Abs. 1 angeordnete Erbteilserhöhung, müßte man die Frage ohne Zweifel bejahen. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten wäre infolge seiner Abhängigkeit von dem Umfang des gesetzlichen Erbteils verschieden groß, je nachdem, ob die Ehegatten beim Tod des vorverstorbenen Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebten oder nicht [1]. Im ersteren Fall würde dem überlebenden Ehegatten ein nach seinem erhöhten gesetzlichen Erbteil berechneter Pflichtteil (sog. großer Pflichtteil) zustehen, während sich im zweiten Fall der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten nach seinem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil (sog. kleiner Pflichtteil) berechnen würde.

Nun schreibt aber § 1371 II vor, daß der überlebende Ehegatte, wenn er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird, Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 (sog. güterrechtlicher Zugewinnausgleich) verlangen kann, und daß der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten sich "in diesem Fall" nach dem nicht erhöhten

---

1) Entsprechendes würde für die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten gelten. Durch die Erbteilserhöhung des § 1371 I werden ja die gesetzlichen Erbteile der übrigen, neben dem überlebenden Ehegatten zu gesetzlichen Erben des verstorbenen Ehegatten berufenen Personen entsprechend gekürzt.

gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten bestimmt. Die Tragweite dieser Vorschrift, insbesondere des 2. Halbsatzes, ist heftig umstritten. Mit Sicherheit läßt sich nur sagen, daß der überlebende Ehegatte nicht zugleich Erbe oder Vermächtnisnehmer sein und daneben auch noch Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 verlangen kann, und daß dem überlebenden Ehegatten, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist und der tatsächlich Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 verlangt, neben der Zugewinnausgleichsforderung nur der sog. kleine Pflichtteil zusteht [2]. Damit ist aber das Gebiet allgemeiner Übereinstimmung auch schon erschöpft. Streit herrscht insbesondere über die Frage, ob und gegebenenfalls in welchen Fällen der überlebende Ehegatte an Stelle des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs und des kleinen Pflichtteils den sogenannten großen Pflichtteil verlangen kann, wenn er mit dem ihm vom Erblasser zugedachten Erbteil oder Vermächtnis nicht zufrieden ist oder sich mit der Enterbung nicht abfinden will. Die hierzu geäußerten Meinungen lassen sich im wesentlichen in drei Gruppen einteilen.

1. Nach der wohl herrschenden Meinung kann der überlebende Ehegatte immer nur den kleinen Pflichtteil verlangen, wenn er, abstrakt gesehen, die Möglichkeit hat, zugleich güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verlangen, wenn er also weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist. Dabei soll es auf die Frage, ob die Ehegatten überhaupt einen Zugewinn gemacht haben und ob gerade der verstorbene Ehegatte den höheren Zugewinn gemacht hat, mit anderen Worten, ob dem überlebenden Ehegatten im konkreten Fall überhaupt ein Zugewinnausgleichsanspruch zusteht, nicht ankommen. Desgleichen soll es keine Rolle spielen, ob der überlebende Ehegatte die ihm zustehende Zugewinnausgleichsforderung geltend macht oder nicht. Wird der überlebende Ehegatte dagegen Erbe oder ist er mit einem Vermächtnis bedacht, soll sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten und der der übrigen Pflichtteilsberechtigten nach dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten bemessen. Ob dem überlebenden Ehegatten ein

---

2) Die negative Voraussetzung für die Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung, daß der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer sein darf, kann - abgesehen von dem Fall des Ausschlusses kraft Gesetzes - vom Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen oder von dem überlebenden Ehegatten selbst durch Ausschlagung der Erbschaft oder des Vermächtnisses geschaffen werden. Die Möglichkeit, neben der Ausgleichsforderung den kleinen Pflichtteil zu verlangen, wird durch die Ausschlagung nicht ausgeschlossen (§ 1371 III).

Pflichtteilsanspruch zusteht, soll sich nach den allgemeinen Pflichtteilsvorschriften (§§ 2305 ff.) bestimmen [3].

2. Nach einer anderen Auffassung, die - soweit ersichtlich - zuerst von Lange [4] vertreten wurde und deshalb im folgenden als Auffassung Langes bezeichnet wird, hat der überlebende Ehegatte, auch wenn er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, die Wahl, ob er Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 verlangen will mit der Folge, daß er dann nur den kleinen Pflichtteil erhält, oder ob er bei der erbrechtlichen Lösung stehen bleiben will und, anstatt güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verlangen, allein seinen Pflichtteil, berechnet nach dem erhöhten Erbteil, geltend machen will. Der Unterschied zwischen der herrschenden Meinung und der Auffassung Langes besteht darin, daß nach der Auffassung Langes der überlebende Ehegatte - soweit ihm ein Pflichtteilsanspruch nach den allgemeinen Pflichtteilsvorschriften zusteht - ein Wahlrecht zwischen dem großen Pflichtteil einerseits und der Zugewinnausgleichsforderung mit dem kleinen Pflichtteil anderer-

---

3) Diese Ansicht wird vertreten von:
Maßfeller, Betrieb 1957, S. 624 u. Betrieb 1958, S. 563; Maßfeller-Reinicke, Gleichberechtigungsgesetz, § 1371, Anm. 4 ff.;
Reinicke, NJW 1957, S. 892 ff., NJW 1958, S. 121 ff., S. 932 ff., BB 1958, S. 575 ff., Betrieb 1960, S. 1445 ff.; Reinicke-Schwarzhaupt, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, S. 39 f.; Finke, MDR 1957, S. 578; Erman-Finke, Gleichberechtigungsgesetz, § 1371, Anm. 3g, 6, 7; Erman-Bartholomeyczik, Gleichberechtigungsgesetz, § 2303, Anm. 1 ff.; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 298 f.;
Palandt-Lauterbach, § 1371, Anm. 2 ff.; Palandt-Keidel, § 2303, Anm. 3; Hampel, Fam.RZ 1958, S. 162 ff., Fam.RZ 1960, S. 461 ff.; Thiele, Fam.RZ 1958, S. 393 ff.; Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, § 1371, Anm. 3 ff.; Kipp-Coing, Erbrecht, S. 27 u. 50 f.; RGRK-Scheffler, § 1371, Anm. 16 ff.;
RGRK-Johannsen, § 2303, Anm. 8;
Johannsen, Fam.RZ 1961, S. 17 ff.;
Soergel-Ehard-Eder, § 2303, Anm. 5, 6;
Staudinger-Ferid, § 2303, Anm. 42 r - 43 c;
Staudinger-Lehmann, § 1931 N, Anm. 17;
Lehmann, Deutsches Familienrecht, S. 91 f.;
Wohl auch Bärmann, AcP, Bd. 157, (1958), S. 187 f.

4) Lange, NJW 1957, S. 1381 ff., NJW 1958, S. 288 ff.; Lehrbuch des Erbrechts, S. 439 ff.

seits hat, wenn er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer ist, während nach der herrschenden Meinung der überlebende Ehegatte in diesem Fall nur Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 und den kleinen Pflichtteil beanspruchen kann. In allen übrigen Fällen deckt sich die Auffassung Langes mit der herrschenden Meinung [5].

Die Auffassung Langes wird mehrfach [6] so verstanden, als wolle Lange nicht nur dem überlebenden Ehegatten, der von seinem verstorbenen Ehegatten völlig übergangen wurde, sondern auch demjenigen Ehegatten, der zwar mit einem Erbteil oder einem Vermächtnis bedacht worden ist, diese letztwillige Zuwendung aber ausgeschlagen hat, in jedem Falle [7] das Wahlrecht zwischen großem Pflichtteil einerseits und Ausgleichsforderung plus kleinem Pflichtteil andererseits einräumen. Der so verstandenen Auffassung Langes wird dann die angeblich weniger weitgehende Ansicht Boehmers [8] gegenübergestellt. In Wirklichkeit besteht aber zwischen den Auffassungen Langes und Boehmers kein Unterschied [8a]. Nach Boehmer kann der überlebende Ehegatte den großen Pflichtteil nur in den Fällen verlangen, in denen ihm schon das bisherige Recht entweder unmittelbar (§§ 2303, 2305, 2307 S. 2) oder nach Ausschlagung (§§ 2306 I 2, 2307 S. 1) einen Pflichtteilsanspruch gewährte. In den Fällen, in denen erst das Gleichberechtigungsgesetz dem Ehegatten die Befugnis gegeben hat, trotz Ausschlagung den Pflichtteil zu verlangen (§ 1371 III), soll immer nur der kleine Pflichtteil (plus Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 - 1383, 1390) beansprucht werden können. Das ist aber genau das, was Lange sagt. Boehmer [9] übersieht, daß Lange dem überlebenden Ehegatten den großen Pflichtteil nur

---

5) Außer Lange wird diese Auffassung vertreten von Müller-Freienfels, JZ 1957, S. 689; Haegele, Justiz 1957, S. 386 ff.; Rittner, DNotZ 1958, S. 181 ff.; Knur, Probleme der Zugewinngemeinschaft, S. 37 ff.; Boehmer, NJW 1958, S. 524 ff.; Beitzke, Familienrecht, S. 77; Wohl auch Braga, Fam.RZ 1957, S. 338 ff.

6) Vgl. Boehmer, NJW 1958, S. 524 ff.; Hampel, Fam.RZ 1958, S. 163; Niederländer, NJW 1960, S. 1738.

7) Also z.B. auch dann, wenn der Erblasser den überlebenden Ehegatten mit der Hälfte seines (erhöhten) gesetzlichen Erbteils, beschwert mit einem Vermächtnis, zum Erben eingesetzt und der überlebende Ehegatte die Erbschaft ausschlug (§ 2306 I 1).
Vgl. dazu aber Lange, NJW 1957, S. 1383, Anm. 28.

8) NJW 1958, S. 524 ff.

8a) So neuerdings auch Lange, Lehrbuch des Erbrechts, S. 440, Anm. 4.

9) Das gleiche gilt für Niederländer, NJW 1960, S. 1737 f., und Hampel, Fam.RZ 1958, S. 163.

nach Maßgabe der §§ 2305 ff. zubilligt. Er sagt ausdrücklich, daß der überlebende Ehegatte, wenn er den großen Pflichtteil verlange, allen "Gefahren" und "Tücken" der §§ 2305 - 2307 ausgesetzt sei [10].

Auch die übrigen Autoren, die zu den Verfechtern der angeblichen Auffassung Langes gezählt werden [11], vertreten in Wirklichkeit keine so weitgehende Meinung, wenn auch manche Formulierungen [12] zu Mißverständnissen Anlaß geben mögen.

Müller-Freienfels [13] geht zwar grundsätzlich davon aus, daß der überlebende Ehegatte auch den sog. großen Pflichtteil beanspruchen könne, betont aber, daß derjenige Ehegatte, der die ihm zugedachte Erbschaft ausschlage, den Nachteilen der §§ 2305 ff. ausgesetzt sei, da für diesen Fall die Schutzklausel des § 1371 III nicht gelte.

Rittner [14] läßt die Frage, ob durch § 1371 III dem überlebenden Ehegatten, der die ihm zugedachte Erbschaft ausschlägt, schlechthin die Pflichtteilsberechtigung gegeben wird, oder ob diese Vorschrift nur gilt, wenn der überlebende Ehegatte ausschlägt, um die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen zu können, ausdrücklich dahin gestellt, da sie seiner Ansicht nach keine Bedeutung für die Auslegung des § 1371 II hat.

Die Formulierung Haegeles [15], daß der überlebende Ehegatte, wenn er die Erbschaft oder das Vermächtnis ausschlage, entweder "den Pflichtteil nach dem erhöhten Erbteil ohne Zugewinnausgleich verlangen" oder "den Zugewinnausgleich und den nicht erhöhten Pflichtteil beanspruchen" könne, scheint zwar darauf hinzudeuten, daß er dem überlebenden Ehegatten, der die Erbschaft oder (und) das Vermächtnis ausschlägt, ohne Ausnahme den Anspruch auf den großen Pflichtteil zubilligen will, sofern der überlebende Ehegatte nur nicht die Zugewinnausgleichsforderung geltend macht. Das von Haegele [16] in diesem Zusammenhang gegebene, von Lange [17] übernommene und ausdrück-

---

10) Vgl. Lange, NJW 1957, S. 1383, 1. Sp., 1958, S. 288.
11) Vgl. etwa Niederländer, NJW 1960, S. 1738, Anm. 4. Danach sollen Müller-Freienfels, Haegele, Rittner, Knur und vielleicht auch Braga jene angebliche Auffassung Langes vertreten.
12) Insbesondere bei Haegele, Justiz 1957, S. 390.
13) JZ 1957, S. 689, r. Sp.
14) DNotZ 1958, S. 199.
15) Justiz 1957, S. 390.
16) a.a.O., Anm. 17.
17) NJW 1957, S. 1383, Anm. 28.

lich als "wesentlich" bezeichnete Beispiel zeigt aber eindeutig, daß er den großen Pflichtteil nur nach Maßgabe der allgemeinen Pflichtteilsvorschriften einräumen will. Der überlebende Ehegatte, der neben einem Kind zu 1/4 als Erbe eingesetzt, aber mit einem hohen Vermächtnis beschwert ist und deshalb ausschlägt, kann auch nach Ansicht Haegeles nur Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 - 1383, 1390 und den kleinen Pflichtteil verlangen, nicht aber den großen Pflichtteil, weil nach § 2306 I 1 lediglich das Vermächtnis wegfalle, ein Pflichtteilsanspruch (infolge der Ausschlagung, d. Verf.) aber nicht bestehe.

Den Ausführungen Knurs [18] zur Frage der Auslegung des § 1371 II läßt sich mit Sicherheit nur entnehmen, daß er die herrschende Meinung, die dem überlebenden Ehegatten, der nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, immer nur den kleinen Pflichtteil (und daneben natürlich die Zugewinnausgleichsforderung) zubilligt, für unrichtig erachtet und mit Lange, Müller-Freienfels, Braga, Beitzke, Haegele, Rittner und Boehmer dem Verwitweten "grundsätzlich" den großen Pflichtteil gewähren will.

Auch Bragas Auffassung läßt sich nicht genau feststellen. Er sagt zwar an einer Stelle [19], daß sich aus dem erhöhten Erbteil des überlebenden Ehegatten auch ein erhöhter Pflichtteil ergebe, und erwähnt dabei den § 2303, also den Fall der völligen Übergehung, in welchem dem überlebenden Ehegatten nach der herrschenden Meinung kein Recht auf den großen Pflichtteil zusteht, doch spricht er an anderen Stellen [20] nur davon, daß der überlebende Ehegatte, der die ihm zugedachte Erbschaft nach § 2306 I 2 ausschlage, Anspruch auf Auszahlung des kleinen Pflichtteils und der Ausgleichsforderung habe. Die Möglichkeit, in diesem Fall den großen Pflichtteil zu verlangen, wird nicht erwähnt.

3. Eine von der herrschenden Meinung und der Auffassung Langes völlig abweichende Meinung vertritt Niederländer [21]. Er ist der Ansicht, daß sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten wie auch derjenige der übrigen Pflichtteilsberechtigten stets nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten bestimme. Der überlebende Ehegatte könne immer nur

---

18) Probleme der Zugewinngemeinschaft, S. 37 ff.
19) Fam.RZ 1957, S. 338, r. Sp.
20) Fam.RZ 1957, S. 339, r. Sp.
21) NJW 1960, S. 1737 ff. Ihm folgend Sturm, NJW 1961, S. 1435 ff.
Kritik bei Reinicke, Betrieb 1960, S. 1445 ff.,
Hampel, Fam.RZ 1960, S. 461 ff.

den sogenannten kleinen Pflichtteil verlangen. § 1371 habe keine Änderungder Pflichtteilsquoten mit sich gebracht [22].

§ 5 Die grammatische Auslegung des § 1371 BGB

Die herrschende Meinung bezieht die Wendung "in diesem Fall" im zweiten Halbsatz des § 1371 II lediglich auf die Rechtsvoraussetzung des ersten Halbsatzes. Die Worte "in diesem Fall" sollen nichts anderes besagen als "liegen die Voraussetzungen des Halbsatzes 1 vor, dann ....." [1]. Der Halbsatz 2 enthalte nur eine weitere Rechtsfolge des Tatbestandes des ersten Halbsatzes. Werde der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer, bestimme sich sein Pflichtteil und der der übrigen Pflichtteilsberechtigten nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten.

---

22) Wie sich die Rechtsprechung zu der Frage des großen Pflichtteils stellen wird, kann noch nicht mit Sicherheit gesagt werden. Der BGH hat bisher lediglich entschieden, daß die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge sich unter Berücksichtigung des nach § 1371 I erhöhten gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten berechnen, wenn dieser mit dem Erblasser bei dessen Tode im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt und ihn allein beerbt hat (vgl. BGH, Urt. v. 21.3.1962 - NJW 1962, S. 1719 ff.). Der BGH hat damit die Auffassung Niederländers abgelehnt, daß durch § 1371 keine Änderung der Pflichtteile erfolgt sei. Dagegen erhält die Entscheidung keine ausdrückliche Stellungnahme zu der Frage des Wahlrechts des überlebenden Ehegatten zwischen güterrechtlicher Lösung und großem Pflichtteil. Die beiläufigen Ausführungen des BGH, der Erblasser könne je nachdem, ob und mit welchem Inhalt er eine letztwillige Verfügung treffe, erreichen, daß der Pflichtteil seiner Kinder sich nach dem erhöhten gesetzlichen Erbteil seines Ehegatten oder nach dessen nicht erhöhtem gesetzlichen Erbteil richte (a.a.O., S. 1722), legen jedoch die Vermutung nahe, daß der BGH die Ansicht der herrschenden Meinung teilt, die ein solches Wahlrecht ablehnt, denn nach der Auffassung Langes hat der Erblasser keinen Einfluß auf die Höhe der Pflichtteile der Kinder, sondern lediglich der überlebende Ehegatte.

1) Reinicke, NJW 1958, S. 121.

Die Vertreter der Auffassung Langes beziehen die in dem zweiten Halbsatz des § 1371 II mit den Worten "in diesem Falle" ausgesprochene Verweisung auf den ersten Halbsatz nicht nur auf dessen Rechtsvoraussetzung, sondern auch auf dessen Rechtsfolge. Da die letztere dem überlebenden Ehegatten die Wahl lasse, ob er Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 verlangen wolle oder nicht, liege es nahe, die Verweisung auf die Entscheidung des überlebenden Ehegatten für den güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu beziehen [2].

Mit dem Gesetzeswortlaut und den Gesetzen der Logik sind beide Auslegungen vereinbar. Zugunsten der herrschenden Meinung ist darauf hingewiesen worden, daß die Worte "verlangen kann" in § 2309 [3] nach allgemein herrschender Übereinstimmung im Sinne der bloßen abstrakten Möglichkeit, den Pflichtteil verlangen zu können, aufzufassen seien, und man die gleiche Formulierung in § 1371 II deshalb nicht anders verstehen könne [4]. Dieses Argument liegt aber neben der Sache, denn daß mit der Wendung "so kann er Ausgleich des Zugewinns ..... verlangen" im ersten Halbsatz des § 1371 II etwas anderes gesagt werde, als daß der überlebende Ehegatte, der weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird, die Möglichkeit hat, güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verlangen, wird von Lange und seinen Anhängern gar nicht behauptet. Es geht hier nicht um die Worte "kann verlangen", sondern darum, worauf sich die Worte "in diesem Falle" beziehen, auf die abstrakte Möglichkeit, güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangen zu können, oder die effektive Geltendmachung dieses Anspruchs.

Rittner [5] hat darauf hingewiesen, daß die Worte "in diesem Falle" überflüssig seien, wenn der zweite Halbsatz lediglich eine weitere Rechtsfolge des Tatbestandes des ersten Halbsatzes bringe. Er räumt zwar ein, daß sich wesentliche Folgerungen aus dieser Tatsache nicht ziehen lassen, da es sich nie ganz vermeiden lasse, daß sich überflüssige Worte in den Gesetzestext einschlichen, will aber trotzdem darin wenigstens einen Auslegungshinweis zugunsten der Auffassung Langes erblicken. Bei der anerkannt unpräzisen Formulierung [6] gerade des § 1371 dürfte aber selbst das noch zu weit gehen.

---

2) Lange, NJW 1958, S. 288.

3) Diese Vorschrift lautet: "Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt."

4) Vgl. Staudinger-Ferid, § 2303, Anm. 42 x.

5) DNotZ 1958, S. 184.

6) vgl. dazu Staudinger-Ferid, § 2303, Anm. 42 x; Erman-Bartholomeyczik,

Dem weiteren Hinweis Rittners [7] auf den ähnlichen gesetzestechnischen Aufbau der §§ 466 und 1128 I 3 [8] kommt dagegen mehr Bedeutung zu. Er bestätigt zumindest das eine mit aller Deutlichkeit: Daß nämlich die Auslegung Langes mit dem Wortlaut des § 1371 II ohne weiteres vereinbar ist und auch nicht im Widerspruch zu der bisherigen gesetzestechnischen Praxis des BGB steht. Mehr läßt sich aber aus dieser Parallelität nicht ableiten. Daß der Ausdruck "in diesem Falle" in den erwähnten Vorschriften sich auf die im vorhergehenden Satz genannte Rechtsfolge und nicht nur auf die dort aufgestellten Rechtsvoraussetzungen bezieht, ergibt sich aus dem Sinnzusammenhang dieser Vorschriften, nicht aus dem Wortlaut. Auch bei § 1371 II wird es deshalb entscheidend auf den Sinnzusammenhang, auf die ratio legis ankommen, welcher der beiden Auslegungsmöglichkeiten der Vorzug zu geben ist. Die ratio des § 1371 II hat aber mit der ratio des § 466 und der des § 1128 I 3 nichts gemein. Aus der Auslegung der Wendung "in diesem Falle" in den §§ 466 und 1128 I 3 lassen sich daher keine Rückschlüsse ziehen, welche Auslegung diese Wendung in § 1371 II erfahren muß.

Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang auch, ob sich aus dem Wortlaut des § 1371 III Anhaltspunkte für die Auslegung des § 1371 II ergeben. Die Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft ausschlägt, neben dem Ausgleich des Zugewinns den Pflichtteil auch dann verlangen kann, wenn dieser ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde, läßt gleichfalls mehrere Auslegungen zu. Sie kann nur den Fall regeln, daß der überlebende Ehegatte den ihm nach Abs. 2 zustehenden Ausgleichsanspruch geltend macht. "Neben", d.h. zusätzlich zu dem Zugewinnausgleichsanspruch nach Abs. 2 soll der überlebende Ehegatte stets - abgesehen von dem Sonderfall des Erbverzichts - den sogenannten kleinen Pflichtteil verlangen können.

Gleichberechtigungsgesetz, § 2303, Anm. 3b; Boehmer, NJW 1958, S. 525.

7) a.a.O., S. 185.

8) Diese Vorschriften lauten: § 466: "Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablauf der Frist verlangt werden." § 1128 I 3: "Die Anzeige (sc. des Schadenseintritts, d. Verf.) darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist, in diesem Falle wird der Monat von dem Zeitpunkt an berechnet, in welchem die Versicherungssumme fällig wird."

Sie läßt sich aber auch so verstehen, daß dem überlebenden Ehegatten, der die Erbschaft ausschlägt, schlechthin ein Pflichtteilsanspruch gegeben werden soll, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine Zugewinnausgleichsforderung überhaupt zusteht und er sie geltend macht oder nicht. Die Wendung "neben dem Zugewinnausgleich" würde dann lediglich klarstellen, daß der überlebende Ehegatte im Falle der Erbausschlagung außer seinen Pflichtteilsansprüchen immer auch noch die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen kann [9].

Wie man aber auch die Vorschrift des § 1371 III auffaßt, über die Frage, ob dem überlebenden Ehegatten, der nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, ein Wahlrecht zwischen güterrechtlichem Zugewinnausgleich plus kleinem Pflichtteil einerseits und großem Pflichtteil andererseits zusteht, gibt sie keine Auskunft. Verlangt der überlebende Ehegatte güterrechtlichen Zugewinnausgleich, bemißt sich sein Pflichtteil sowohl nach der herrschenden Meinung wie auch nach der Auffassung Langes nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten. Versteht man den § 1371 III dahin, daß er sich nur auf diesen Fall bezieht, so ist damit noch nicht gesagt, welche Pflichtteilsrechte dem überlebenden Ehegatten zustehen, wenn er den güterrechtlichen Zugewinnausgleich nicht geltend macht. Es bleibt dann immer noch die von Lange bejahte Möglichkeit, die allgemeinen Pflichtteilsvorschriften (§§ 2303 ff.) unter Zugrundelegung des durch § 1371 I erhöhten gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten anzuwenden. Die Entscheidung darüber ergibt sich nicht aus § 1371 III, sondern allein aus § 1371 II [10]. Das gilt auch dann, wenn man den § 1371 III in dem weiteren Sinne versteht, daß er dem überlebenden Ehegatten, der ausschlägt, schlechthin ein Pflichtteilsrecht zubilligt. Auch mit dieser Auffassung läßt sich sowohl die herrschende Meinung als auch die Meinung Langes vereinbaren [11]. Mit der Feststellung, daß § 1371 III dem über-

---

9) Vgl. dazu im einzelnen Rittner, a.a.O., S. 185 - 187.

10) Ein Wahlrecht des überlebenden Ehegatten in der Form, daß er an Stelle des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs plus kleinem Pflichtteil stets den großen Pflichtteil verlangen könnte und zwar ohne dabei den sich aus den §§ 2305 ff. für die Fälle der Ausschlagung ergebenden Beschränkungen zu unterliegen - in diesem Sinne wird Lange ja vielfach, wenn auch zu Unrecht, verstanden (vgl. oben S. 32) - wäre allerdings mit der eben erörterten Auslegung des § 1371 III nicht vereinbar.

11) Vgl. Reinicke, NJW 1958, S. 122, der ausdrücklich erklärt, daß der überlebende Ehegatte, der die ihm zugedachte Erbschaft ausgeschlagen habe, stets den (kleinen) Pflichtteil verlangen könne. Das ergebe sich aus § 1371 III, für dessen Anwendung es unerheblich sei, ob der überlebende Ehegatte auch Ausgleich des Zugewinns nach den §§ 1373-1383, 1390 verlange.

lebenden Ehegatten für alle Fälle der Ausschlagung - abgesehen vom Fall des Erb- oder Pflichtteilsverzichts - schlechthin einen Pflichtteilsanspruch gewähre, ist nämlich noch nichts über den Umfang dieses Pflichtteilsanspruches gesagt.

Mit dem Wortlaut des § 1371 ist aber nicht nur die herrschende Meinung und die Ansicht Langes vereinbar, sondern auch die Niederländers [12]. Der Auffassung der herrschenden Meinung und Langes ist gemeinsam, daß sie davon ausgehen, daß mit der Erbteilserhöhung des § 1371 I grundsätzlich auch der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten erhöht worden sei. Das ergibt sich ihrer Meinung nach ohne weiteres aus § 2303 II i.V.m. § 1931 und § 1371 I. Außerdem werde dieses Ergebnis durch § 1371 II bestätigt, aus dessen zweitem Halbsatz sich im Wege des Umkehrungsschlusses folgern lasse, daß sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten nur "in diesem Falle" nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil, in allen anderen Fällen dagegen nach dem erhöhten bemesse [13].

Niederländer wendet dagegen ein, daß aus § 1371 nicht auf eine allgemeine Pflichtteilserhöhung zugunsten des überlebenden Ehegatten geschlossen werden dürfe. § 1371 regele nur zwei Fälle positiv, in Abs. 1 den Fall der gesetzlichen Erbfolge und in Abs. 2 den Fall der völligen Enterbung des überlebenden Ehegatten. Nicht geregelt seien die Fälle, in denen der überlebende Ehegatte durch letztwillige Verfügung auf einen Erbteil eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht sei. In diesen vom Gleichberechtigungsgesetz nicht geregelten Fällen bleibe es bei der bisherigen, normalen Regelung des BGB, d.h. der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten werde nach seinem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil bestimmt.

Der Wortlaut des § 1371 I decke nur den Fall, daß der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe werde. Gerade in diesem Fall spiele aber der Pflichtteil für ihn keine Rolle und man könne deshalb daraus auch keine allgemeine Pflichtteilserhöhung herleiten. Wende der Erblasser seinem Ehegatten durch letztwillige Verfügung etwas zu oder enterbe er ihn, so könne der überlebende Ehegatte den erhöhten Erbteil nicht bekommen und damit entfalle "notwendigerweise" auch die Erhöhung des Pflichtteils.

Außerdem gebe § 1371 II mit seiner zumindest einen Ausnahme eindeutig zu erkennen, daß die Abhängigkeit des Pflichtteils vom gesetzlichen Erbteil im

---

12) A. A. Reinicke, Betrieb 1960, S. 1446.

13) Vgl. insbesondere die Erwiderungen Reinickes, Betrieb 1960, S. 1445 ff. und Hampels, FamRZ 1960, S. 461 ff. auf die Ausführungen Niederländers, NJW 1960, S. 1737 ff.

Falle des § 1371 nicht unbedingt gelte. Auch einen Umkehrschluß aus § 1371 I HS 2 will Niederländer nicht zulassen. Einer so unpräzisen Bestimmung wie dem § 1371 II dürfe kein über den einigermaßen sicher zu erfassenden Sinn, welcher in der Regelung des Falles völliger Übergehung des überlebenden Ehegatten bestehe, hinausgehender Interpretationswert beigemessen werden. Auch widerspreche es bewährten Regeln der Gesetzestechnik wie der juristischen Technik überhaupt, eine grundsätzliche Norm in einer Ausnahmenorm "förmlich zu verstecken".

Auch § 2303 II 2 zwinge nicht zu der Annahme einer Pflichtteilserhöhung zugunsten des überlebenden Ehegatten. Mit dem dem § 2303 II durch das Gleichberechtigungsgesetz angefügten Satz, "die Vorschriften des § 1371 bleiben unberührt", sei eindeutig nur gesagt, daß beim Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten § 1371 III zu beachten sei. Wenn das Gesetz damit eine Neubestimmung der Pflichtteilsquoten habe andeuten wollen, so wäre diese Verweisung nicht dem Abs. 2 des § 2303, sondern als neuer Absatz 3, also mit dem Bezug auf Abs. 1 und 2, angefügt worden, denn mit der Erhöhung des Ehegattenpflichtteils müßten sich auch die Pflichtteile der Abkömmlinge ändern und deren Pflichtteile seien in Abs. 1 geregelt. Zudem enthalte § 2303 I 2 die generelle Festlegung der Pflichtteilsquoten auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, auf die Abs. 2 Satz 1 beim Ehegattenpflichtteil lediglich verweise.

Mit Recht ist gegen die Meinung Niederländers, die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten wirke sich nur für den Fall der gesetzlichen Erbfolge aus, eingewandt worden, daß das nicht der Regelung des BGB entspreche [14]. Der Umfang des gesetzlichen Erbteils einer Person ist nicht nur dann von Bedeutung, wenn es tatsächlich zur gesetzlichen Erbfolge kommt. Gerade im Pflichtteilsrecht zeigt sich dies besonders deutlich, da die Pflichtteilsquote eines Pflichtteilsberechtigten nach dem Umfang seines gesetzlichen Erbteils berechnet wird (§ 2303). Hätte sich das Gleichberechtigungsgesetz in § 1371 auf die erbrechtliche Lösung des Zugewinnausgleichs beschränkt und daneben nicht auch noch den güterrechtlichen Zugewinnausgleich zugelassen, würde wohl niemand daran zweifeln, daß infolge der rechnerischen Koppelung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs mit dem Umfang des gesetzlichen Erbteils des Pflichtteilsberechtigten (§ 2303 I 2) die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten zugleich auch eine Erhöhung dessen Pflichtteils bedeute. Die Zweifel an der Richtigkeit dieses Schlusses konnten nur infolge der Zulassung des güterrechtlichen Zugewinnausgleiches auch im Falle der

---

14) Hampel, FamRZ 1960, S. 464; Reinicke, Betrieb 1960, S. 1446; auch Staudinger-Ferid, § 2303, Anm. 42 c.

Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines der Ehegatten und der damit verbundenen Bestimmung über die Pflichtteilsrechte des überlebenden Ehegatten und der übrigen Pflichtteilsberechtigten entstehen.

Die Abhängigkeit der Höhe des Pflichtteils vom Umfang des abstrakten gesetzlichen Erbteils ist durch § 1371 II HS 2 unbestreitbar durchbrochen. Die herrschende Meinung und die Vertreter der Auffassung Langes ziehen aus dieser Vorschrift einen Umkehrschluß, während Niederländer in ihr den Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes erblickt. Logisch ist beides möglich. Der reine Wortlaut spricht zwar mehr für einen Umkehrschluß, aber Sturm [15] weist in seiner Erwiderung auf die Kritik Hampels und Reinickes an Niederländers Meinung mit Recht darauf hin, daß letztlich entscheidend für die Frage, ob man einen an sich möglichen Umkehrschluß ziehen darf, nicht der Wortlaut, sondern der Zweck einer Vorschrift und die aus dem Zusammenspiel mit anderen Vorschriften sich ergebenden Folgen sind.

Was Niederländer freilich über den Interpretationswert des § 1371 II sagt, läßt sich genau so gut, vielleicht sogar mit größerer Berechtigung, gegen seine eigene Meinung vorbringen, denn er muß, um zu seiner Lösung kommen zu können, aus dieser Vorschrift einen Analogieschluß herleiten. Tut man das nicht, kommt - abgesehen von eben den Fällen des § 1371 II - man über § 2303 i.V.m. § 1931 und § 1371 I unweigerlich zu einer Pflichtteilsminderung für den überlebenden Ehegatten. Von einer "versteckten" Regelung kann hier nicht die Rede sein. Umgekehrt, wenn die Auffassung Niederländers die zutreffende wäre, müßte man dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, daß er es unterlassen hat, die Durchbrechung der zwischen gesetzlichem Erbteil und Pflichtteil bestehenden Relation in allen Fällen des § 1371 mit der wünschenswerten Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen.

Auch aus § 2303 II 2 läßt sich nichts für Niederländers Auffassung gewinnen. Soll dieser Satz, wie Niederländer meint, nur besagen, daß beim Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten stets § 1371 III zu beachten sei, hätte es genügt und wäre zudem deutlicher gewesen, wenn gesagt worden wäre: Die Vorschrift des § 1371 III bleibt unberührt. Aus dem Plural und der Verweisung auf § 1371 insgesamt muß vielmehr geschlossen werden, daß auch auf den zweiten Halbsatz des § 1371 II verwiesen werden sollte, wonach sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten "in diesem Falle" ausnahmsweise nach dem nicht erhöhten und nicht wie sonst nach dem erhöhten gesetzlichen Erbteil derselben richtet.

---

15) NJW 1961, S. 1436, r. Sp.

Als Ergebnis ist also festzuhalten: Mit dem Wortlaut des § 1371 sind sowohl die herrschende Meinung als auch die Auffassungen Langes und Niederländers vereinbar. Insgesamt spricht aber der Wortlaut des § 1371, insbesondere wenn man ihn mit § 2303 zusammen sieht, mehr für die herrschende Meinung und die Auffassung Langes als für die Ansicht Niederländers.

§ 6 Die historische Auslegung des § 1371 BGB

Über die Bedeutung, die der Entstehungsgeschichte und den Materialien bei der Auslegung einer Norm zukommen, herrschen in Wissenschaft und Praxis die verschiedenartigsten Auffassungen. Man unterscheidet grundsätzlich zwischen der sog. "subjektiven" und der sog. "objektiven" Theorie. Die subjektive Theorie stellt auf den Willen des historischen Gesetzgebers ab, während nach der objektiven Theorie allein der vom Willen des historischen Gesetzgebers völlig abgelöste Wille des Gesetzes selbst maßgebend ist. In ihren extremen Formen wird heute eigentlich keine von beiden mehr vertreten. So stellt z.B. Nipperdey [1], der sich selbst zu den Anhängern der subjektiven Theorie zählt, auf den "im Gesetz zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers" ab und auch das nur unter der Voraussetzung, daß dieser Wille "in den Worten auch einen (wenngleich unvollkommenen) Ausdruck gefunden hat". Eine selbständige Bedeutung soll den Materialien auf keinen Fall zukommen. Selbst wenn feststeht, daß die in den Materialien enthaltenen Gedanken allen Gesetzgebungsorganen vorschwebten und von allen gebilligt wurden, soll ihnen nicht gefolgt werden, "wenn ganz überwiegende Gründe des Wortlauts, des Zusammenhangs mit dem übrigen Gesetzesinhalt, der Zweckmäßigkeit, Billigkeit oder Folgerichtigkeit es widerraten" [2]. Das sind doch ganz erhebliche, objektive Einschränkungen trotz des subjektiven Ausgangspunktes.

Dem entspricht auf Seiten der objektiven Theorie in ihrer modernen Form, wie sie in immer stärkerem Maße von der Rechtsprechung vertreten wird, die zunehmende Tendenz, bei der Feststellung des objektiven Willens des Gesetzes auch den Willen des historischen Gesetzgebers, wie er sich aus der Entstehungsgeschichte und den Materialien ergibt, zu berücksichtigen. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 21.5.1952 [3] ausgeführt: "Maßgebend

---

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, S. 325.
2) a.a.O., S. 330.
3) BVerfG E Bd. 1, S. 299 ff. (312).

für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der an dem Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können." In seiner Entscheidung vom 17.5.1960 [4] sagt das Bundesverfassungsgericht, Gegenstand der Auslegung sei das Gesetz selbst, "der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers". Das Gericht zählt dann die verschiedenen Auslegungsmethoden auf: Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung), aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung) und fährt dann fort: "Um den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen, sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Das gilt auch für die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen. Freilich sind die Vorarbeiten eines Gesetzes für dessen Auslegung immer nur mit einer gewissen Zurückhaltung, in der Regel bloß unterstützend, zu verwerten (RGZ Bd. 128, S. 111). Sie dürfen nicht dazu verleiten, die Vorstellungen der gesetzgeberischen Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen (vgl. z.B. schon RGZ Bd. 27, S. 411, fener Bayer. Verf. GH, VGHE NF Bd. 3 II 1950, S. 15 ff. (24)). Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat (vgl. z.B. BGH LM Nr. 3 zu § 133 BGB)."

Grundsätzlich verdient die "objektive" Theorie eben wegen ihres objektiven Ausgangspunktes den Vorzug gegenüber der "subjektiven" Theorie. Wie ja auch die Vertreter der "subjektiven" Theorie zugeben müssen, kann der Wille des historischen Gesetzgebers nur insoweit berücksichtigt werden, als er Ausdruck im Gesetz gefunden hat. Das heißt doch aber nichts anderes, als daß der Ausgangspunkt jeglicher Auslegung das Gesetz und nicht der Wille des historischen Gesetzgebers ist. Ist der Wille des historischen Gesetzgebers aber nicht das entscheidende Kriterium, sondern nur ein Hilfsmittel zur Ermittlung

---

4) BVerfG E Bd. 11, S. 126 ff. (130).

dessen, was als Inhalt des Gesetzes anzusehen ist, so ist nicht einzusehen, warum gerade ihm grundsätzlich [5] eine größere Bedeutung bei der Gesetzesauslegung zukommen soll als anderen Auslegungshilfsmitteln. Häufig genug wird sich zudem dieser Wille des Gesetzgebers auch an Hand der Gesetzesmaterialien nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellen lassen. Nur die Berücksichtigung und kritische Würdigung aller zur Verfügung stehenden Hilfsmittel wird es ermöglichen, den maßgebenden Gesetzesinhalt zu ermitteln. Dabei wird die Bedeutung, die den einzelnen Auslegungskriterien zukommt, von Fall zu Fall schwanken, eine feste Rangordnung läßt sich nicht aufstellen.

Was ergibt sich nun aus der Entstehungsgeschichte und den Materialien zum Gleichberechtigungsgesetz für die Frage des sog. großen Pflichtteils? Die sog. erbrechtliche Lösung des Zugewinnausgleichs ist erst bei der zweiten und dritten Lesung des Gleichberechtigungsgesetzes im Bundestag auf Vorschlag des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (Rechtsausschuß) in das Gesetz aufgenommen worden [6]. Nach dem Regierungsentwurf [7] sollte der Zugewinnausgleich beim Tod eines Ehegatten in gleicher Weise wie in den übrigen Fällen der Auflösung der Zugewinngemeinschaft im Wege des güterrechtlichen Zugewinnausgleiches (§§ 1373 ff.) erfolgen, d.h. durch Ermittlung des beiderseitigen Zugewinns der Ehegatten und Zubilligung einer schuldrechtlichen, gegen den Nachlaß gerichteten Ausgleichsforderung an den überlebenden Ehegatten, wenn der verstorbene Ehegatte den größeren Zugewinn gemacht hatte [8]. Der Rechtsausschuß griff jedoch Vorschläge, die Wieruszowski [9] bereits 1924 beim Deutschen Juristentag in Heidelberg gemacht hatte und die Knur [10] auf dem Deutschen Notartag 1952 in München erneut empfohlen hatte, auf, wonach im Falle der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten

---

5) Daß er nicht immer ausschlaggebend ist, räumt auch Nipperdey, a.a.O., ein.

6) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Stenographische Berichte, S. 11 761 ff., 11 768 ff., sowie Drucksache 3409.

7) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 224.

8) Auch die Entwürfe der FDP-Fraktion (vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Drucksache 112) und der SPD-Fraktion (vgl. Verhandlungen des Bundestages, 2. Wahlperiode, Drucksache 178) sahen eine Veränderung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten nicht vor.

9) Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1924, S. 331 ff., 357 ff.

10) Deutscher Notartag 1952, S. 43 ff., auch DNotZ 1954, S. 618 ff.

der Zugewinnausgleich durch eine Erhöhung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten ersetzt werden sollte.

Der leitende Gesichtspunkt für die Einführung der sog. erbrechtlichen Lösung war, daß man im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wenigstens für den Normalfall, daß die Ehe und damit der Güterstand der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird, die komplizierte und - wie man befürchtete - häufig zu Streitigkeiten Anlaß gebende Berechnung des Zugewinns vermeiden wollte. Außerdem wollte man den überlebenden Ehegatten durch die dingliche Beteiligung am Nachlaß vor einer möglichen Geldentwertung schützen [11]. Man war auch der Ansicht, daß eine dingliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß für die übrigen Erben nur von Vorteil sein könne, da der überlebende Ehegatte als Miterbe sicher ein größeres Interesse an einer wirtschaftlich sinnvollen Verwertung des Nachlasses haben werde, als wenn ihm nur eine Geldforderung gegen den Nachlaß zustehe [12].

Obwohl man der Ansicht war, durch die Erbrechtserhöhung werde der Zugewinnausgleich "verwirklicht", konnte man sich nicht entschließen, im Falle der Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten völlig auf den güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verzichten. Gegen die erbrechtliche Lösung war vor allem vorgebracht worden, sie gebe, da sie ausschließlich eine Beteilung am Nachlaß vorsehe, den Ehegatten keine Rechte während des Bestehens der Ehe. Jeder Ehegatte könne zu Lebzeiten frei über sein Vermögen verfügen und dadurch das mit der Erbteilserhöhung verfolgte Ziel vereiteln. Auch sei die erbrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des anderen Ehegatten nicht gesichert, da die Testierfreiheit des Ehegatten nicht angetastet werden dürfe. Werde der überlebende Ehegatte auf den Pflichtteil gesetzt, erhalte er nicht mehr als ihm bisher schon aufgrund seines gesetzlichen Erbteils zustehe. In den Fällen der §§ 1933, 2335 führe die erbrechtliche Lösung häufig zu nicht sachgerechten Ergebnissen, da es durchaus angemessen sein könne, einen Ehegatten auch dann wegen seiner Mitarbeit in der Ehe am Erwerb des anderen Ehegatten zu beteiligen, wenn er ihn nicht beerbe und ihm der Pflichtteil wirksam entzogen sei. Die erbrechtliche

---

11) Diesen Gesichtspunkt betont besonders Wahl, Die Erhöhung des Ehegattenerbrechts um ein Viertel als Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch den Tod und die erbrechtliche Stellung erstehelicher Kinder, in Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. I, S. 421 ff.

12) Vgl. dazu und zum Folgenden den schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses zum Gleichberechtigungsgesetz, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409, S. 14 ff.

Lösung passe ferner nicht in den Fällen, in denen der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt habe, zuerst sterbe, oder in denen die Ehe erst kurze Zeit gedauert habe. Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, hat der Rechtsausschuß die erbrechtliche Lösung mit der güterrechtlichen Lösung verbunden.

Die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils ist nach Ansicht des Rechtsausschusses für den überlebenden Ehegatten nicht nur dann von Bedeutung, wenn der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen getroffen hat, sie kann dem überlebenden Ehegatten vielmehr auch dann zugute kommen, wenn der Erblasser testiert hat. Wörtlich heißt es in dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses: "Die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils hat eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils zur Folge; der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten beträgt künftig neben Verwandten der 1. Ordnung 1/4 und neben Verwandten der 2. Ordnung und Großeltern 3/8 des Nachlaßwertes" [13]. Da zu diesem Punkt bei der 2. und 3. Lesung des Gleichberechtigungsgesetzes keine widersprechenden Äußerungen oder Anträge erfolgten [14], muß angenommen werden, daß das Plenum des Bundestages der gleichen Meinung war wie der Rechtsausschuß, m.a.W., daß der schriftliche Bericht des Rechtsausschusses den Willen des historischen Gesetzgebers wiederspiegelt.

Die Auffassung Niederländers, daß die Erbteilserhöhung in § 1371 I keine Pflichtteilserhöhung zur Folge habe, steht somit in krassem Widerspruch zum Willen des historischen Gesetzgebers, während die herrschende Meinung und die Auffassung Langes, die ja beide grundsätzlich von einer Pflichtteilserhöhung ausgehen und sich lediglich darüber streiten, unter welchen Voraussetzungen dem überlebenden Ehegatten der erhöhte, sog. große Pflichtteil zustehen soll, insoweit durch die Materialien in vollem Umfang bestätigt werden.

Nicht ganz so klar und eindeutig sind die Materialien im Hinblick auf die Frage, ob dem überlebenden Ehegatten, der nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, nur die Zugewinnausgleichsforderung plus kleinem Pflichtteil zusteht, oder ob er statt dessen auch den großen Pflichtteil verlangen kann. Diese Frage wird in dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses nicht erörtert, man hat sie offenbar gar nicht gesehen. Insgesamt sprechen aber die Ausführungen des Berichterstatters Seidl zu § 1371 II mehr dafür, daß nach der Vorstellung des Rechtsausschusses dem überlebenden Ehegatten, der nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, nur die eine Möglichkeit gegeben sein soll, Ausgleich des Zugewinns nach

---

13) A.a.O., S. 17.

14) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Stenographische Berichte, S. 11 761 ff., 11768 ff.

den §§ 1373 - 1383, 1390 und dazu den kleinen Pflichtteil zu verlangen. So heißt es in dem Bericht ausdrücklich: "Ist also der überlebende Ehegatte nicht Erbe und steht ihm auch kein Vermächtnis zu, dann beträgt sein Pflichtteil, wie nach geltendem Recht, neben Verwandten der 1. Ordnung 1/8, neben Verwandten der 2. Ordnung und Großeltern 1/4 des Nachlaßwertes. Hierbei ist gleichgültig, ob der überlebende Ehegatte auf Grund des § 1371 eine Ausgleichsforderung erhält oder ob ihm eine derartige Forderung nicht zusteht, weil der verstorbene Ehegatte keinen oder den geringeren Zugewinn erzielt hat. Es kommt allein darauf an, ob der überlebende Ehegatten, abstrakt gesehen, die Möglichkeit hat, Ausgleich des Zugewinns zu verlangen, wie wenn der Güterstand auf andere Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet wäre. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ist also verschieden groß, je nachdem die Voraussetzungen des § 1371 I oder des § 1371 II vorliegen. Es erhöht sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten also nur im Falle des § 1371 I. Der Pflichtteil beträgt dann stets die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils" [15) 16)]. Dementsprechend wird bei der anschließenden Erörterung der einzelnen Fälle des § 1371 II immer nur das Recht des überlebenden Ehegatten erwähnt, güterrechtlichen Zugewinnausgleich und den kleinen Pflichtteil zu verlangen, nie aber die Möglichkeit, statt dessen den großen Pflichtteil geltend zu machen.

---

15) Zu Drucksache 3409, S. 18.

16) Den beiden letzten Sätzen liegt offenbar die Ansicht zugrunde, daß der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten, der nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, ein anderer (niedrigerer) sei, als der des Ehegatten, der durch Gesetz oder letztwillige Verfügung zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufen ist. Die Höhe des gesetzlichen Erbteils hängt aber nicht davon ab, ob es tatsächlich zum Eintritt der gesetzlichen Erbfolge kommt, und noch viel weniger davon, ob der Erblasser seinen überlebenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung enterbt oder aber zum Erben beruft oder mit einem Vermächtnis bedenkt. Der gesetzliche Erbteil einer Person ist der Erbteil, den sie erhält bzw. erhalten würde, wenn es zur gesetzlichen Erbfolge kommt bzw. kommen würde. Das ist aber bei einem Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, der erhöhte Erbteil des § 1371 I. § 1371 II HS 2 bedeutet deshalb nichts anderes als eine Durchbrechung des in § 2303 II 1 i.V.m. Abs. 1 S. 2 aufgestellten Grundsatzes, daß der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten in der Hälfte des Wertes seines gesetzlichen Erbteils besteht.
A.A. Reinicke, Betrieb 1960, S. 1447.

Andererseits heißt es aber unmittelbar vor der gerade zitierten Stelle in dem Bericht auch: "Die Erhöhung des gesetzlichen Erbrechts und die damit verbundene Erhöhung des Pflichtteils verwirklichen den Ausgleich des Zugewinns. Wird der Zugewinn auf andere Weise ausgeglichen, dann muß es erbrechtlich bei der bisherigen Regelung bleiben. Demgemäß bestimmt § 1371 II HS 2, daß sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten in diesem Fall nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil bestimmt." Auf den Widerspruch dieser Stelle mit der oben zitierten hat Rittner [17] bereits nachdrücklich hingewiesen, denn man muß doch wohl die Formulierung: "Wird der Zugewinn auf andere Weise ausgeglichen" so verstehen, daß damit der Fall der effektiven Ausgleichung gemeint ist, wenn also der überlebende Ehegatte von der ihm offen stehenden Möglichkeit, güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verlangen, tatsächlich Gebrauch macht. In der Tat vermag der Gedanke, daß die Erbteilserhöhung und die damit verbundene Pflichtteilserhöhung wegen der nach Auffassung des Gesetzgebers darin enthaltenen "Verwirklichung" des Zugewinnausgleichs mit dem güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns unvereinbar sei, auch nur den Ausschluß einer tatsächlichen Kumulierung von erbrechtlichem und güterrechtlichem Zugewinnausgleich zu rechtfertigen. Eine Wahlmöglichkeit zwischen der erbrechtlichen Lösung in Gestalt des erhöhten Pflichtteils und der güterrechtlichen Lösung in Gestalt der Ausgleichsforderung und dem kleinen Pflichtteil widerspricht diesem Gedanken nicht.

Als Ergebnis der historischen Auslegung des § 1371 II ist somit festzustellen: Die Auffassung Niederländers ist mit den Materialien unvereinbar. Am ehesten entspricht den Materialien die herrschende Meinung, doch finden sich auch Stellen, die für die Auffassung Langes sprechen.

§ 7 Die teleologische Auslegung des § 1371 BGB

Bei der Untersuchung, welche der drei Auffassungen zur Frage des großen Pflichtteils am besten dem Zweck des Gesetzes entspricht, ist von der Regelung des § 1371 I auszugehen. Wie schon erwähnt, besteht der Zweck der erbrechtlichen Lösung in erster Linie darin, die im Falle des Todes eines Ehegatten besonders schwierige und häufig zu unerfreulichen Streitigkeiten unter den Erben Anlaß gebende Berechnung des Zugewinns, den die Ehegatten während der Ehe (genauer während des Bestehens der Zugewinngemeinschaft) gemacht haben,

17) DNotZ 1958, S. 188.

im Interesse der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit zu vermeiden. Daneben wollte man den überlebenden Ehegatten durch die dingliche Beteiligung am Nachlaß vor einer möglichen Geldentwertung schützen. Eine gewisse Rolle spielte auch noch der Gedanke, daß den Interessen der übrigen Miterben an einer ordnungsmäßigen und wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses besser gedient ist, wenn der überlebende Ehegatte selbst Miterbe ist, als wenn er dem Nachlaß nur als Nachlaßgläubiger gegenübersteht, der nur daran interessiert ist, möglichst rasch zu seinem Geld zu kommen.

Der güterrechtliche Zugewinnausgleich soll in den Fällen, in denen die Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet wird, die Ausnahme sein. Der Gesetzgeber hat ihn in diesen Fällen nur zugelassen, um gewisse Nachteile, die mit der erbrechtlichen Lösung verbunden sind, soweit wie möglich zu vermeiden, und die Geltendmachung der Ausgleichsforderung zudem von der einschränkenden Bedingung abhängig gemacht, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird.

Von diesem prinzipiellen Ausgangspunkt aus gesehen, ist klar, daß dem Zweck des Gesetzes am besten die Auffassung entspricht, die am wenigsten oft die Berechnung des Zugewinns erforderlich macht. Am schlechtesten schneidet unter diesem Gesichtspunkt die Auffassung Niederländers ab, denn bei seiner Meinung wird in allen Fällen, in denen es nicht bei der gesetzlichen Erbfolge bleibt und der überlebende Ehegatte sich nicht mit den letztwilligen Anordnungen des Erblassers abfindet, die Berechnung des Zugewinns erforderlich, es sei denn, der überlebende Ehegatte begnügt sich mit dem kleinen Pflichtteil, weil von vornherein feststeht, daß die Ehegatten keinen Zugewinn erzielt haben, oder aber er selbst den größeren Zugewinn gemacht hat, und deshalb eine Ausgleichsforderung nicht in Betracht kommt. Die herrschende Meinung bietet wenigstens in den Fällen, in denen der Erblasser seinen überlebenden Ehegatten mit einem unzureichenden Erbteil oder Vermächtnis bedacht hat, die Möglichkeit, den großen Pflichtteil zu verlangen, und macht dadurch sicher des öfteren die Berechnung des Zugewinns überflüssig, denn mancher überlebende Ehegatte wird es vorziehen, sich mit dem großen Pflichtteil, der ja neben Kindern immerhin 1/4, neben Eltern und Großeltern 3/8 des Nachlasses ausmacht, zufriedenzugeben, als sich auf die schwierige und in ihrem Ergebnis nicht immer vorhersehbare Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung einzulassen. Am größten ist die Chance, daß sich eine Berechnung des Zugewinns erübrigt aber zweifellos dann, wenn man der Auffassung Langes folgt; denn sie ermöglicht es dem überlebenden Ehegatten auch in den Fällen der völligen Übergehung durch den Erblasser auf den güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verzichten und statt dessen den großen Pflichtteil zu verlangen.

Die Auffassung Niederländers schneidet auch unter dem Gesichtspunkt am schlechtesten ab, daß dem überlebenden Ehegatten nach Möglichkeit eine dingliche Beteiligung am Nachlaß eingeräumt werden soll, zwingt sie doch den überlebenden Ehegatten, der sich mit dem ihm vom Erblasser zugedachten Erbteil nicht zufrieden geben will, zur Ausschlagung und damit zur Aufgabe jeder dinglichen Beteiligung am Nachlaß; denn die Ausgleichsforderung und der kleine Pflichtteil sind ja nur obligatorische Rechte. Nach der herrschenden Meinung und der Auffassung Langes besteht für den überlebenden Ehegatten dagegen die Möglichkeit, den ihm zugedachten Erbteil zu behalten und dessen Ergänzung bis zur Höhe des großen Pflichtteils zu verlangen (§ 2305) oder den Wegfall von Beschränkungen und Beschwerungen geltend zu machen (§ 2306 I 1) und so zu einer ihn befriedigenden Lösung zu kommen, ohne daß die Berechnung des Zugewinns erforderlich ist.

Ist bisher untersucht worden, welche Auffassung zur Frage des großen Pflichtteils am besten den mit der Einführung der erbrechtlichen Lösung als der primären Form des Zugewinnausgleichs beim Tode eines Ehegatten verfolgten Zwecken dient, muß jetzt untersucht werden, welche der verschiedenen Meinungen am besten den mit der ausnahmsweisen Zulassung des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs neben der erbrechtlichen Lösung verfolgten Zwecken entspricht.

In dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses sind eine ganze Reihe von Bedenken aufgeführt, die gegen die erbrechtliche Lösung erhoben wurden, und denen mit Hilfe der Verbindung von erbrechtlicher und güterrechtlicher Lösung in § 1371 Rechnung getragen werden sollte [1]. Zwei dieser Bedenken können hier gleich von der weiteren Betrachtung ausgeschlossen werden, da sie für die Frage des großen Pflichtteils ohne Bedeutung sind.

Das ist zunächst die Befürchtung, bei der erbrechtlichen Lösung seien die Ehegatten vor Verfügungen des anderen zu dessen Lebzeiten völlig ohne Schutz, und es könne deshalb beim Tode eines Ehegatten u.U. gar nichts mehr vorhanden sein, an dem der überlebende Ehegatte erbrechtlich beteiligt werden könnte. Diese Befürchtung war grundlos, und es bedurfte ihretwegen nicht der zusätzlichen Einführung der güterrechtlichen Lösung neben der erbrechtlichen. Die Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365, 1369) und das Recht auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, um die es bei diesen Befürchtungen ging, gelten unabhängig davon, ob es bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft zum erbrechtlichen oder zum güterrechtlichen Zugewinnausgleich kommt. Sie hätten auch

---

1) Vgl. oben S. 45 f.

dann gegolten, und zwar während der ganzen Dauer der Zugewinngemeinschaft, wenn für den Fall der Auflösung dieses Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten ausschließlich die erbrechtliche Lösung vorgesehen worden wäre, schon allein deshalb, weil bis zum Tod des einen Ehegatten nicht feststeht, ob die Zugewinngemeinschaft nicht auf andere Art beendet wird und somit der güterrechtliche Zugewinnausgleich zum Zuge kommt.

Der Einwand, die erbrechtliche Lösung führe in den Fällen der § 1933, 2335 häufig zu nicht sachgerechten Ergebnissen, da die schuldhafte Eheverfehlung des überlebenden Ehegatten nichts an der Tatsache ändere, daß er durch seine Mitarbeit zu dem Erwerb des anderen Ehegatten beigetragen habe, ist zwar berechtigt. Ihm wird durch die Zulassung des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs auch mit Erfolg Rechnung getragen, doch ergibt sich hieraus nichts für die Frage des großen Pflichtteils, denn eine Wahlmöglichkeit zwischen der erbrechtlichen und der güterrechtlichen Lösung besteht für den überlebenden Ehegatten in den Fällen der §§ 1933, 2335 sowieso nicht. Den §§ 1933, 2335 ist ja gerade gemeinsam, daß der überlebende Ehegatte weder Erbe wird noch ihm ein Vermächtnis zusteht und somit der Anknüpfungspunkt für die erbrechtliche Lösung fehlt. Wollte man dem überlebenden Ehegatten trotzdem einen Anspruch auf Zugewinnausgleich geben - und dafür sprechen in der Tat gute Gründe - so blieb nichts anderes übrig, als die erbrechtlichen Bahnen wieder zu verlassen und zum güterrechtlichen Zugewinnausgleich zurückzukehren.

§ 1371 II soll aber nicht nur in den Fällen der §§ 1933, 2335 dem überlebenden Ehegatten die Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung ermöglichen, ja das ist nicht einmal der Hauptzweck dieser Vorschrift, wie sich schon aus dem Wortlaut klar ergibt. Die Bestimmung des zweiten Halbsatzes, daß "in diesem Falle" sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten oder eines anderen Pflichtteilsberechtigten nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten bemißt, wäre sonst völlig unverständlich und überflüssig, da ja in den Fällen der §§ 1933, 2335 dem überlebenden Ehegatten gerade kein Pflichtteil zusteht [2]. Durch § 1371 II soll der überlebende Ehegatte vielmehr in erster Linie vor der Testierfreiheit des Erblassers geschützt werden. Dem Bedenken, daß der Erblasser den mit der Erbteilserhöhung bezweckten Erfolg des pauschalen Zugewinnausgleichs durch eine Enterbung seines Ehegatten vereiteln könnte, hätte man zwar höchst einfach dadurch begegnen

---

2) Daran hat auch § 1371 III nichts geändert. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die Fälle, in denen der überlebende Ehegatte den ihm zugedachten Erbteil ausschlägt, um die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen zu können. Vgl. unten S. 63 ff.

können, daß man das sogenannte Zugewinnausgleichsviertel zumindest dem Wert nach der Verfügungsgewalt des Erblassers entzogen und dem überlebenden Ehegatten ein entsprechendes zusätzliches Pflichtteilsrecht zugebilligt hätte. Dazu konnte sich der Gesetzgeber aber nicht entschließen. Man hielt es für untragbar, die Testierfreiheit des Erblassers über den vom Pflichtteilsrecht schon bisher gezogenen Rahmen hinaus einzuschränken. Der Erblasser sollte wenigstens über die Hälfte des Nachlaßwertes unbeschränkt verfügen können [3]. Andererseits erkannte man an, daß der durch das Pflichtteilsrecht dem überlebenden Ehegatten gewährte Schutz nicht in allen Fällen ausreicht, insbesondere dann nicht, wenn das Vermögen des Erblassers zu einem erheblichen Teil aus Zugewinn besteht. Den Ausweg bildete der Rückgriff auf die güterrechtliche Lösung. Der überlebende Ehegatte soll auch in den Fällen der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten stets wenigstens das verlangen können, was ihm bei Auflösung der Zugewinngemeinschaft auf andere Weise zustehen würde.

Gegen die erbrechtliche Lösung ist geltend gemacht worden, sie passe nicht in den Fällen, in denen der überlebende Ehegatte den größeren Zugewinn gemacht habe, oder in denen die Ehe erst kurze Zeit gedauert habe. Das ist richtig, wenn man den Ausgangspunkt des Gesetzgebers, daß durch die Erbrechtserhöhung der Zugewinnausgleich "verwirklicht" werde, als zutreffend zugrunde legt, denn im einen Fall erhält sozusagen der falsche Ehegatte den Zugewinnausgleich und im anderen ist regelmäßig noch gar kein auszugleichender Gewinn gemacht worden. Man hat daraus den Schluß gezogen [4], durch die Vorschrift des § 1371 II solle die Freiheit des Erblassers, zuungunsten seines Ehegatten zu testieren, die an sich als Folge der Erbteilserhöhung eine Einschränkung erfahren habe, in bisherigem Umfang wiederhergestellt werden und ihm damit ein Mittel in die Hand gegeben werden, die ungerechtfertigten Ergebnisse der erbrechtlichen Lösung zu korrigieren. Das heißt aber, Ursache und Wirkung miteinander verwechseln. Die Beschränkung des überlebenden Ehegatten auf den kleinen Pflichtteil in § 1371 II HS 2 ist lediglich eine Folge der Geltendmachung des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs nach Halbsatz 1, da mit dieser der gesetzgeberische Grund für die Erb- und Pflichtteilserhöhung wegfällt, und nicht ist umgekehrt die Beschränkung des überlebenden Ehegatten auf den kleinen Pflichtteil der eigentliche Zweck des § 1371 II und die Zulassung des

---

3) Daran wird auch durch die Zulassung des großen Pflichtteils nichts geändert, da sich die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten entsprechend vermindern.

4) Vgl. etwa Sturm, NJW 1961, S. 1439.

güterrechtlichen Zugewinnausgleichs nur die notwendige Folge davon. Das kommt auch im Wortlaut des § 1371 II, in dessen Vordergrund ganz und gar die Zulassung des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs steht, zum Ausdruck. Man kann schließlich auch nicht mit ein und derselben Norm zwei entgegengesetzte Ziele verfolgen: Einerseits den Schutz des überlebenden Ehegatten vor der Testierfreiheit des Erblassers und andererseits die Aufrechterhaltung der Testierfreiheit des Erblassers gegenüber seinem Ehegatten in altem Umfang.

Schließlich ist noch auf folgendes hinzuweisen: Der Gesetzgeber hat das Recht des überlebenden Ehegatten, Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 - 1383, 1390 zu verlangen, auf die Fälle beschränkt, in denen der überlebende Ehegatte weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird. Er hat damit eine Kumulierung von Erbschaft oder Vermächtnis mit dem güterrechtlichen Zugewinnausgleich ausdrücklich abgelehnt. Der Grund dafür ist, soweit es sich um die testamentarische Erbfolge handelt, daß der Erblasser, der seinen Ehegatten durch letztwillige Verfügung zum Erben einsetzt oder mit einem Vermächtnis bedenkt, damit in aller Regel eine abschließende Regelung treffen will [4a]. Er wird - davon muß man unter der Herrschaft des neuen gesetzlichen Güterstandes wohl ausgehen - bei der Bemessung der Erbquote oder des Vermächtnisses auch die Frage des Zugewinnausgleichs berücksichtigen. Es wäre deshalb verfehlt, dem überlebenden Ehegatten neben einer letztwilligen Zuwendung auch noch die Ausgleichsforderung zuzubilligen. Soweit es um die gesetzliche Erbfolge geht, ergibt sich die Ablehnung der Kumulierung des bisherigen gesetzlichen Erbteils und der güterrechtlichen Ausgleichsforderung schon aus dem primären Zweck des § 1371 I, daß eben eine Berechnung des Zugewinns bei Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten möglichst vermieden werden soll. Daneben soll mit der Regelung des § 1371 II HS 1, daß güterrechtlichen Zugewinnausgleich nur verlangen kann, wer nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, auch ein gewisser Druck dahingehend ausgeübt werden, von der Geltendmachung der Ausgleichsforderung abzusehen und es bei der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge zu belassen [4b]. Es wird dem überlebenden Ehegatten zweifellos nicht immer leicht fallen, seinen gesetzlichen oder testamentarischen Erbteil oder das ihm zugedachte Vermächtnis auszuschlagen, um die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen zu können, auch wenn ihm daneben nach § 1371 III stets noch

---

4a) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409, S. 21.

4b) A.a.O., S. 22.

der kleine Pflichtteil als erbrechtliche Mindestbeteiligung zusteht [5].

Betrachtet man nun die drei zur Frage des großen Pflichtteils vertretenen Meinungen unter dem Gesichtspunkt, daß Hauptzweck des § 1371 II ist, den überlebenden Ehegatten vor der Testierfreiheit des Erblassers zu schützen, zeigt sich, daß auch diesem Zweck am besten die Auffassung Langes entspricht; denn sie gewährt dem überlebenden Ehegatten stets das Recht, den großen Pflichtteil geltend zu machen. An zweiter Stelle folgt dann die herrschende Meinung, die dem überlebenden Ehegatten dieses Recht lediglich in den Fällen der völligen Übergehung nicht zugesteht, und an letzter Stelle die Auffassung Niederländers, der ja die Möglichkeit, den großen Pflichtteil zu verlangen, überhaupt verneint.

Die gleiche Reihenfolge ergibt sich in Bezug auf die dem § 1371 II HS 1 innewohnende Tendenz, einen gewissen Druck auf den überlebenden Ehegatten dahingehend auszuüben, von der Geltendmachung der Ausgleichsforderung abzusehen. Folgt man Niederländers Auffassung, bleibt dem überlebenden Ehegatten, der sich mit seiner Enterbung nicht abfinden will oder der mit dem, was ihm der Erblasser zugedacht hat, nicht zufrieden ist, immer nur die Möglichkeit, güterrechtlichen Zugewinnausgleich und den kleinen Pflichtteil zu verlangen, während er nach der herrschenden Meinung wenigstens in den Fällen der §§ 2305, 2306 I 2, 2307 I 1 und nach der Auffassung Langes auch in den Fällen der völligen Übergehung statt dessen auch den großen Pflichtteil verlangen kann.

Als Ergebnis der teleologischen Auslegung des § 1371 ist somit festzustellen, daß den Zwecken des Abs. 1 wie denen des Abs. 2 am besten die Auffassung Langes entspricht und am wenigsten die Auffassung Niederländers.

---

5) Ein weiterer Grund für die Reglung des § 1371 II HS 1 besteht in der Verhinderung dessen, daß der überlebende Ehegatte gleichzeitig Erbe, Pflichtteilsgläubiger und Zugewinnausgleichsgläubiger wird; denn das würde die Auseinandersetzung des Nachlasses ungewöhnlich erschweren (vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichber.G., § 1371, Anm. 7).
Dieser Gesichtspunkt hat jedoch für die Frage des großen Pflichtteils keine Bedeutung; denn zu diesem unerwünschten Ergebnis führt keine der drei zur Frage des großen Pflichtteils vertretenen Meinungen.

§ 8 Die systematische Auslegung des § 1371 BGB

Als nächste ist nun die Frage zu untersuchen, wie die verschiedenen Auffassungen zum Problem des großen Pflichtteils zum System des BGB passen, insbesondere, wie sie mit den übrigen Normen des Pflichtteilsrechts des BGB harmonieren.

Niederländer erblickt sowohl in der Auffassung der herrschenden Meinung wie auch der Langes einen Verstoß gegen Grundsätze des Erb- und Pflichtteilrechts. Das BGB gehe von dem Prinzip der Unentziehbarkeit des Pflichtteils und der Unabänderlichkeit der Pflichtteilsquoten aus. Es lasse eine Durchbrechung dieser Grundsätze nur in den abschließend aufgezählten Fällen der Pflichtteilsentziehung (§§ 2333 - 2335) und der Erbunwürdigkeit (§ 2339 I i.V.m. § 2345 II) zu. Bemerkenswerterweise trete aber selbst in diesen Fällen eine Änderung der Pflichtteilsquoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht ein (§ 2310). Die Unentziehbarkeit des Pflichtteilsrechts durch Verfügung von Todes wegen komme auch in den Regeln über die Anrechnung lebzeitiger Zuwendungen auf den Pflichtteil zum Ausdruck. Die Anrechenbarkeit müsse bereits im Zeitpunkt der Zuwendung bestimmt werden (§ 2315 I), um jede nachträgliche Verkürzung des Pflichtteils auszuschalten. Auch gegen Verfügungen zu Lebzeiten des Erblassers schütze das BGB die Pflichtteilsberechtigten durch den Pflichtteilsergänzungsanspruch (§§ 2325 ff.).

Folge man der herrschenden Meinung, hänge es von der Willkür des Erblassers ab, ob der überlebende Ehegatte den kleinen oder den großen Pflichtteil bekomme. Enterbe er den überlebenden Ehegatten völlig und wende er ihm auch kein Vermächtnis zu, solle der überlebende Ehegatte nach der herrschenden Meinung auf den kleinen Pflichtteil beschränkt bleiben und daneben den Zugewinnausgleich verlangen können. Setze der Erblasser den überlebenden Ehegatten dagegen auf eine lächerliche Quote zum Erben ein, oder vermache er ihm ein noch so winziges Vermächtnis, könne der überlebende Ehegatte nach der herrschenden Meinung den Pflichtteilsanspruch bis zur Höhe des großen Pflichtteils geltend machen. Aber nicht nur die Pflichtteilsquote des überlebenden Ehegatten könne der Erblasser auf diese Weise verändern, sondern auch die Quoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten.

Die Auffassung Langes vermeide zwar die Einwirkungsmöglichkeit des Erblassers, mache jedoch die Höhe der Pflichtteilsquoten von der Entscheidung des überlebenden Ehegatten abhängig [1]. Dieser könne nicht nur für sich

---

1) Das gilt, was Niederländer offenbar übersehen hat, auch für die herrschende Meinung. Ist dem überlebenden Ehegatten etwas zugewendet, bestimmt

selbst zwischen zwei Pflichtteilsgrößen wählen, sondern er bestimme zugleich auch noch die Höhe der Pflichtteilsquoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten. Ein Pflichtteilsberechtigter entscheide also über die Pflichtteile der anderen Berechtigten. Das sei noch bedenklicher als die Einflußmöglichkeit des Erblassers nach der herrschenden Meinung.

Die Einwendungen Niederländers gegen die herrschende Meinung sind gerechtfertigt. Schon Lange [2] hat zur Begründung seiner Auffassung auf den ungerechtfertigten Bruch in der Kette der Entscheidungen hingewiesen, der sich in den Fällen der völligen Übergehung und der §§ 2306 I 2, 2307 I 1 ergibt, wenn man der herrschenden Meinung folgt. Es ist in der Tat unbefriedigend und widerspricht der bisherigen Regelung des BGB, wenn es in die Willkür des Erblassers gestellt ist, ob der überlebende Ehegatte den großen oder den kleinen Pflichtteil verlangen kann. Dieses Ergebnis sollte, wenn irgend möglich, d.h. insbesondere wenn es mit dem Wortlaut und dem Zweck des Gesetzes vereinbar ist, vermieden werden.

Auch die Einwände Niederländers gegen die Auffassung Langes haben viel für sich, und man kann sehr wohl der Ansicht sein, es wäre besser gewesen, der Gesetzgeber hätte dem überlebenden Ehegatten keine Möglichkeit gegeben, einen unmittelbaren Einfluß auf die Größe der Pflichtteile anderer Pflichtteilsberechtigter zu nehmen. Die Bedenken Niederländers lassen sich auch kaum mit dem Hinweis entkräften, daß sich auch in anderen Fällen aus der Wahl des Güterstandes gewisse Auswirkungen für die Pflichtteile der Kinder und Eltern ergeben, die diese hinnehmen müßten [3]. Es ist eben - worauf Sturm [4] mit Recht hinweist - doch ein Unterschied, ob durch die Wahl des Güterstandes mittelbar auch die Pflichtteile der Abkömmlinge oder der Eltern berührt werden, oder ob der überlebende Ehegatte es in der Hand hat, auch noch nach dem Tode des Erblassers die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten zu beeinflussen.

---

sich die Höhe seines Pflichtteils nach der herrschenden Meinung nach dem erhöhten Erbteil. Schlägt der überlebende Ehegatte das ihm Zugewandte jedoch aus, bestimmt sich sein Pflichtteil und der der übrigen Pflichtteilsberechtigten nach dem nicht erhöhten Erbteil. Durch die Ausschlagung beeinflußt der überlebende Ehegatte somit die Höhe seines Pflichtteils und die der übrigen Pflichtteilsberechtigten.

2) NJW 1958, S. 288.

3) Vgl. Hampel, FamRZ 1960, S. 465.

4) NJW 1961, S. 1437.

Der Einwand Niederländers gegen die Auffassung von Lange verliert aber an Gewicht, wenn man sich vor Augen hält, daß - unterstellt man den Ausgangspunkt Langes, daß mit der Erbteilserhöhung auch eine Erhöhung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten verbunden sei, als richtig - durch die Entscheidung des überlebenden Ehegatten zugunsten der güterrechtlichen Lösung die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten immer nur zu deren Gunsten verändert werden [5]. Die gesetzlichen Erbteile der Abkömmlinge und der Eltern sind ja als Folge der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten um ein Viertel entsprechend verringert worden. Die gesetzlichen Erbteile der Abkömmlinge betragen neben dem überlebenden Ehegatten jetzt zusammen die Hälfte des Nachlasses gegenüber früher 3/4, die der Eltern zusammen 1/4 gegenüber früher die Hälfte. Diese Quoten sind nach § 2303 I 2 grundsätzlich maßgebend für die Höhe der Pflichtteile. Der Umstand, daß der überlebende Ehegatte - sei es infolge Enterbung, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit - weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird und die Zugewinnausgleichsforderung und den kleinen Pflichtteil geltend macht, würde zwar nach den allgemeinen Pflichtteilsregeln an der Größe der Pflichtteilsquoten der Abkömmlinge und der Eltern nichts ändern. Nach § 2310 wird nämlich bei der Bestimmung des gesetzlichen Erbteils eines Pflichtteilsberechtigten mitgezählt, wer durch den Erblasser von der Erbfolge ausgeschlossen wurde, wer ausgeschlagen hat oder für erbunwürdig erklärt worden ist. § 1371 II HS 2 bestimmt aber ausdrücklich, daß sich in diesem Falle auch die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten bestimmen. Das letztere ist zwar eine sehr ungenaue Formulierung, denn die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten bestimmen sich nach ihren eigenen gesetzlichen Erbteilen [6], doch ist klar, was damit gemeint ist.

---

5) Wenigstens soweit es um die abstrakte Quote geht. Daß sich das Verhalten des überlebenden Ehegatten auf die effektive Höhe der Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten auswirkt, vermag auch Niederländer nicht zu verhindern. Schlägt z.B. der überlebende Ehegatte die ihm zugedachte Erbschaft oder das ihm zustehende Vermächtnis aus, so kann er die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen und diese muß bei der Berechnung der Pflichtteilsansprüche berücksichtigt werden. Gibt sich der überlebende Ehegatte dagegen mit der letztwilligen Zuwendung zufrieden, kommt die Zugewinnausgleichsforderung nicht zur Entstehung und kann deshalb auch bei der Berechnung der Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht berücksichtigt werden.

6) Vgl. Niederländer, NJW 1960, S. 1741.

Es soll bei der Berechnung der Pflichtteile der Abkömmlinge und Eltern nicht von deren durch die Erbteilserhöhung zugunsten des überlebenden Ehegatten gekürzten gesetzlichen Erbteilen ausgegangen werden, sondern von den gesetzlichen Erbteilen, die sie neben dem überlebenden Ehegatten erhielten, wenn der Erblasser nicht im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hätte. Vom Sinn und Zweck des Pflichtteils her betrachtet, erscheint jedenfalls die Tatsache, daß sich die Pflichtteilsquoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten als Folge der Entscheidung des überlebenden Ehegatten zugunsten der güterrechtlichen Lösung erhöhen, nicht bedenklich. Das Pflichtteilsrecht hat doch den Sinn, einem beschränkten Kreis naher Angehöriger eine, wenn auch nur wertmäßige, Mindestbeteiligung am Nachlaß zu garantieren. Es soll einen Schutz vor der Testierfreiheit des Erblassers gewähren. Dieser Sinn und Zweck des Pflichtteils wird aber durch die Erhöhung des Pflichtteils der übrigen Pflichtteilsberechtigten, wie sie eintritt, wenn der überlebende Ehegatte güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangt, nicht beeinträchtigt.

Auch hat das BGB den Grundsatz, daß nicht zur Erbschaft gelangte gesetzliche Erben bei der Berechnung der Pflichtteile mitzuzählen sind, nicht ausnahmslos durchgeführt. So wird nach § 2310 S. 2 derjenige, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, nicht mitgezählt [7]. Der Gesetzgeber hat also durchaus anerkannt, daß es Gründe geben kann, die eine Durchbrechung des Prinzips der Mitzählung nicht zur Erbschaft gelangter gesetzlicher Erben rechtfertigen. Der Grund, weshalb der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge Ausgeschlossene bei der Berechnung der Pflichtteile nicht mitgezählt wird, liegt darin, daß der Verzicht regelmäßig gegen eine Abfindung erfolgt, durch die der Nachlaß vermindert wird. Zur Ausgleichung dieser Verminderung erscheint es daher angemessen, nicht die Verfügungsbefugnis des Erblassers noch zu erweitern, wie es das Ergebnis der Mitrechnung der weggefallenen Miterben ist, sondern die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten entsprechend zu heben. Während das Gesetz also grundsätzlich der Ansicht ist, daß kein innerer Grund vorhanden ist, der eine Erhöhung der Mindestbeteiligung der nahen Angehörigen rechtfertigen würde, nur deshalb, weil ein an sich zum gesetzlichen Erben Berufener wegfällt, anerkennt es einen solchen Grund für den Fall, daß der Wegfall des gesetzlichen Erben mit einer Verminderung des Nachlasses verbunden ist und damit zu einer entsprechenden effektiven Verminderung der Pflichtteile führen würde [8].

---

7) Anders noch der 1. Entwurf zum BGB und die Motive, S. 404.

8) Vgl. Staudinger-Ferid, § 2310, Anm. 12.

Genau dieselbe Interessenlage wie beim Fall des Erbverzichts ergibt sich aber bei den Fällen des § 1371 II, wenn der überlebende Ehegatte die Zugewinnausgleichsforderung geltend macht. Durch die Ausgleichsforderung, die ja als Nachlaßverbindlichkeit den Pflichtteilsansprüchen vorgeht [9], wird der Nachlaß vermindert, und es erscheint nur billig, wenn zum Ausgleich dafür zugunsten der übrigen Pflichtteilsberechtigten der Wegfall des überlebenden Ehegatten als Erben wenigstens insoweit berücksichtigt wird, als dessen gesetzlicher Erbteil zum Zwecke des Zugewinnausgleichs auf Kosten der nahen Verwandten erhöht wurde. Beachtet man diese Parallele, erscheint der von Niederländer behauptete "Verstoß" gegen den in § 2310 S. 1 zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken des Gesetzes bei weitem nicht mehr so schwerwiegend.

Dabei soll nicht verkannt werden, daß die Nichtmitzählung des Verzichtenden nach § 2310 S. 2 einen weniger tiefgreifenden Eingriff in das Gefüge des § 2310 S. 1 darstellt als die Wahlmöglichkeit des überlebenden Ehegatten; denn der Verzicht ist dem Erblasser bekannt, er kann ihn also bei seinen letztwilligen Verfügungen ohne weiteres berücksichtigen, und die Pflichtteile stehen auch im Falle des Verzichts mit dem Erbfall fest. Beides ist, räumt man dem überlebenden Ehegatten jene Wahlmöglichkeit ein, nicht der Fall. Die Pflichtteile der Abkömmlinge und Eltern werden durch die Entscheidung des überlebenden Ehegatten nachträglich, d.h. nach dem Erbfall, und ohne daß der Erblasser die Entscheidung seines Ehegatten voraussehen könnte, geändert.

Andererseits fügt sich auch Niederländers Auffassung nicht völlig reibungslos in die bisherige Systematik des BGB ein. Niederländers Lösung durchbricht - wie er selbst zugibt [10] - den Grundsatz, daß der Pflichtteil die Hälfte dessen beträgt, was der Berechtigte bei der abstrakten gesetzlichen Erbfolge erhalten würde.

Gegen die Auffassung Langes ist verschiedentlich der Vorwurf erhoben worden, sie sei wenig praktikabel, da für den überlebenden Ehegatten keine Frist bestimmt sei, innerhalb derer er sich entscheiden müsse, ob er den großen Pflichtteil oder güterrechtlichen Zugewinnausgleich und den kleinen Pflichtteil verlangen wolle [11]. Diese Ungewißheit sei besonders unerträglich, da ja von

---

9) Vgl. Staudinger-Ferid, § 2311, Anm. 531,
Palandt-Keidel, § 2311, Anm. 2,
Finke, MDR 1957, S. 578.

10) NJW 1960, S. 1743.

11) Vgl. Hampel, Fam.RZ 1958, S. 166; Niederländer, NJW 1960, S. 1739.

der Entscheidung des überlebenden Ehegatten nicht nur die Höhe seiner eigenen Pflichtteilsansprüche, sondern auch die der übrigen Pflichtteilsberechtigten abhinge. Entgegen der sonst bei ähnlichen Situationen [12] üblichen Regelung enthalte das Gesetz auch keine Möglichkeit für die von der Ungewißheit Betroffenen, den überlebenden Ehegatten zu einer alsbaldigen Entscheidung zu zwingen. Die Auffassung Niederländers vermeidet demgegenüber diese Schwierigkeiten völlig, da es nach ihr einen großen Pflichtteil überhaupt nicht gibt, und nach der herrschenden Meinung muß sich der überlebende Ehegatte innerhalb der Ausschlagungsfrist von 6 Wochen entscheiden, ob er die ihm zugedachte Erbschaft annehmen will, oder ob er sie ausschlagen und statt dessen güterrechtlichen Zugewinnausgleich und den kleinen Pflichtteil verlangen will. Ist der überlebende Ehegatte nur mit einem unzureichenden Vermächtnis bedacht, kann ihn wenigstens der beschwerte Erbe zwingen, sich innerhalb einer angemessenen Frist zu entscheiden (vgl. § 2307 II).

Der überlebende Ehegatte kann seine Entscheidung aber auch nach Langes Auffassung nicht endlos hinauszögern. Der Pflichtteilsanspruch und die Zugewinnausgleichsforderung verjähren beide innerhalb von drei Jahren [13]. Allerdings kann die Verjährung nach § 204 gehemmt sein, dann nämlich, wenn dem überlebenden Ehegatten minderjährige Kinder gegenüberstehen. Während der Schwebezeit, d.h. solange der überlebende Ehegatte sich noch nicht entschieden hat, können die übrigen Pflichtteilsberechtigten aber wenigstens einen Mindestpflichtteil verlangen [14]. Hat dann der überlebende Ehegatte seine Entscheidung getroffen, können die anderen Pflichtteilsberechtigten den ihnen unter Umständen noch zustehenden Unterschiedsbetrag geltend machen [15].

---

12) Z.B. §§ 108, 1829 III.

13) Differenzen können sich dadurch ergeben, daß die Verjährungsfrist beim Pflichtteilsanspruch mit der Kenntnis vom Erbfall und der letztwilligen Verfügung (§ 2332 I), beim Zugewinnausgleichsanspruch aber mit der Kenntnis vom Erbfall allein beginnt (§ 1378 IV).

14) Lange, NJW 1957, S. 1383, Anm. 33. Über die Berechnung und weitere Einzelheiten, vgl. Rittner, DNotZ 1958, S. 194 f.

15) Die Verjährungsfrist für den Unterschiedsbetrag beginnt erst mit der Kenntnis von der Entscheidung des überlebenden Ehegatten (a.A. Rittner, DNotZ 1958, S. 195), weil sonst der Anspruch verjähren könnte, bevor der Berechtigte überhaupt in der Lage wäre, ihn geltend zu machen. Der Fall ist gleich zu behandeln wie die Fälle des § 2309, in welchen entferntere Abkömmlinge oder Eltern des Erblassers erst infolge des Wegfalls eines vorgehenden Abkömmlings pflichtteilsberechtigt werden. Auch in diesen

Zusammenfassend ist festzustellen, daß unter systematischen Gesichtspunkten die Auffassung Niederländers den Vorzug verdient. Sie fügt sich, wenn auch nicht reibungslos, so doch mit den vergleichsweise geringsten Schwierigkeiten in die Pflichtteilsvorschriften des BGB ein. Gegenüber Langes Auffassung besitzt sie vor allem den Vorteil, daß die Pflichtteile mit dem Erbfall unveränderlich feststehen, gegenüber der herrschenden Meinung außerdem den Vorteil, daß der Erblasser keinen Einfluß auf die Höhe der Pflichtteilsquoten nehmen kann. Dieser letztere Umstand verschafft auch der Auffassung Langes ein Übergewicht gegenüber der herrschenden Meinung, das durch die zu bewältigenden Schwierigkeiten, die sich bei der Auffassung Langes aus dem Fehlen einer gesetzlichen Frist für die Ausübung des Wahlrechts ergeben, nicht aufgewogen wird.

§ 9 Ergebnis

Betrachtet man die unter den verschiedenen Auslegungsgesichtspunkten gewonnenen Einzelergebnisse zusammen, zeigt sich eines ganz klar: Keine der verschiedenen möglichen Auffassungen zur Frage des großen Pflichtteils vermag in jeder Richtung zu befriedigen. Das Ei des Kolumbus gibt es in dieser Frage offenbar nicht. Wägt man die einzelnen Teilergebnisse gegeneinander ab, so ergibt sich - zunächst im Verhältnis der herrschenden Meinung zu der Auffassung Langes - folgendes:

Mit dem Wortlaut des § 1371 ist die Auffassung Langes genausogut zu vereinbaren wie die herrschende Meinung. Die Entstehungsgeschichte und die Materialien sprechen zwar mehr für die herrschende Meinung, doch ist ihnen gegenüber den Ergebnissen der teleologischen und systematischen Auslegung, die beide mehr für die Auffassung Langes sprechen, kein allzu großes Gewicht beizumessen. Insgesamt ist deshalb die Auffassung Langes der herrschenden Meinung vorzuziehen.

Fällen beginnt entgegen dem strengen Wortlaut des § 2332 die Verjährungsfrist erst mit der Kenntnis vom Wegfall des vorgehenden Abkömmlings, obwohl der Pflichtteilsanspruch der entfernteren Abkömmlinge bzw. der Eltern durch den Wegfall des vorgehenden Abkömmlings ex tunc zur Entstehung gebracht wird, genau wie der Unterschiedsanspruch in den hier behandelten Fällen durch die Entscheidung des überlebenden Ehegatten ex tunc zur Entstehung gelangt (vgl. Staudinger-Ferid, § 2332, Anm. 16).

Im Verhältnis der Auffassung Langes zu der Niederländers ergibt sich folgendes:

Die Auffassung Niederländers ist zwar mit dem Wortlaut des § 1371 nicht unvereinbar, doch spricht insbesondere die Fassung des Abs. 2 mehr für den von Lange (auch der herrschenden Meinung) gezogenen Umkehrschluß als für den von Niederländer gezogenen Analogieschluß. Mit der Entstehungsgeschichte und den Materialien steht die Auffassung Niederländers in krassem Widerspruch, während sich zugunsten Langes Auffassung doch gewisse, wenn auch nicht eindeutige Anhaltspunkte daraus herleiten lassen. Unter teleologischen Gesichtspunkten verdient eindeutig die Auffassung Langes den Vorzug, während unter systematischen Gesichtspunkten die Auffassung Niederländers ein leichtes Übergewicht besitzt. Dem letzteren ist jedoch keine so große Bedeutung zuzumessen, daß allein deshalb die Auffassung Niederländers der Langes vorzuziehen wäre. Zieht man in Betracht, daß alle anderen Gesichtspunkte, insbesondere die teleologischen, zugunsten der Auffassung Langes sprechen, neigt sich die Schale doch sehr deutlich auf die Seite der Auffassung Langes. Alles in allem verdient deshalb in der Frage des großen Pflichtteils die Auffassung Langes, wonach der überlebende Ehegatte an Stelle des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs und des kleinen Pflichtteils stets den sogenannten großen Pflichtteil verlangen kann, soweit ihm nach den allgemeinen Pflichtteilsbestimmungen überhaupt ein Pflichtteilsanspruch zusteht, den Vorzug vor den anderen, zu dieser Frage vertretenen Meinungen.

III. Kapitel

Die Auslegung des § 1371 III BGB

§ 10

Bereits bei der Erörterung der Frage des großen Pflichtteils wurde darauf hingewiesen [1], daß man den § 1371 III HS 1 nach seinem Wortlaut sowohl dahin verstehen kann, daß er sich nur auf den Fall bezieht, daß der überlebende Ehegatte die ihm zustehende Zugewinnausgleichsforderung geltend macht, als auch dahin, daß er dem überlebenden Ehegatten auch dann, wenn ihm eine Ausgleichsforderung überhaupt nicht zusteht, oder er die Ausgleichsforderung nicht geltend macht, einen Pflichtteilsanspruch zubilligt. Im letzteren Fall taucht dann die weitere Frage auf, ob sich § 1371 III nur auf den kleinen Pflichtteil bezieht [2] oder auch auf den großen Pflichtteil [3].

Die Materialien sprechen für die erste Auffassung. In dem Bericht des Rechtsausschusses heißt es, durch § 1371 III solle dem überlebenden Ehegatten, der in Verfolgung seines "schutzwürdigen Interesses" den rechnerischen Zugewinnausgleich verlange und zu diesem Zweck die Erbschaft ausschlagen müsse, trotz dieser Ausschlagung ein Pflichtteilsanspruch gewährt werden [3a]. Trotzdem ist die zweite Auffassung vorzuziehen, wonach es nicht darauf ankommt, ob dem überlebenden Ehegatten eine Zugewinnausgleichsforderung zusteht und er sie geltend macht. Diese Auffassung entspricht am besten dem Sinn und Zweck des § 1371 III, der darin besteht, dem überlebenden Ehegatten die Entscheidung zugunsten des güterrechtlichen Zugewinnausgleichs zu erleichtern. Man kann sich zwar sehr wohl auf den Standpunkt stellen, daß kein Anlaß bestehe, demjenigen überlebenden Ehegatten, dem eine Zugewinnausgleichsforderung überhaupt nicht zusteht, etwa weil er selbst den größeren Zugewinn gemacht hat, trotz der Ausschlagung der ihm zugedachten Erbschaft stets einen Anspruch auf wenigstens den kleinen Pflichtteil einzuräumen. Die Frage, ob

---

1) Vgl. oben S. 37 f.

2) So insbesondere Boehmer, NJW 1958, S. 527; Lange, NJW 1957, S. 1382 sowie Lehrbuch des Erbrechts, S. 443; Müller-Freienfels, JZ 1957, S. 689; Reinicke, NJW 1958, S. 122.

3) Rittner, DNotZ 1958, S. 196 ff., läßt die Frage offen, neigt aber doch wohl mehr zu dieser von ihm als "generelle Theorie" bezeichneten Ansicht.

3a) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409, S. 20.

dem überlebenden Ehegatten eine Zugewinnausgleichsforderung effektiv zusteht oder nicht, läßt sich aber in der kurzen Ausschlagungsfrist von 6 Wochen oft nicht mit genügender Sicherheit beantworten [4]. Billigt man nun dem überlebenden Ehegatten, der die ihm zustehende Erbschaft ausgeschlagen hat, den Pflichtteilsanspruch nur zu, wenn ihm daneben auch noch eine Ausgleichsforderung nach den §§ 1373 - 1383, 1390 zusteht, erhöht sich das Risiko des überlebenden Ehegatten, das mit der Entscheidung, die ihm angefallene Erbschaft zugunsten der Ausgleichsforderung auszuschlagen, sowieso verbunden ist [5], noch beträchtlich. Dieses Risiko soll aber § 1371 III gerade verringern. Deshalb entspricht es dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift mehr, wenn man sie in dem Sinn versteht, daß durch sie dem überlebenden Ehegatten trotz der Ausschlagung stets [6] ein Pflichtteilsanspruch zugebilligt werden soll, unabhängig davon, ob dem überlebenden Ehegatten eine Ausgleichsforderung zusteht und er diese geltend macht, als wenn man sie so auffaßt, daß der Pflichtteilsanspruch nach § 1371 III dem überlebenden Ehegatten nur zustehen soll, wenn er zugleich die ihm zustehende Zugewinnausgleichsforderung geltend macht.

Damit ergibt sich die weitere Frage, welchen Pflichtteil der überlebende Ehegatte nun nach § 1371 III trotz der Ausschlagung stets soll verlangen dürfen, den großen oder den kleinen? [7] Auch hier ergibt sich die Antwort widerum aus dem Zweck der Vorschrift. § 1371 III soll - wie gesagt - dem überlebenden Ehegatten die Entscheidung erleichtern, eine ihm angefallene unzureichende Erbschaft auszuschlagen und statt dessen güterrechtlichen Zugewinnausgleich zu verlangen. Neben der Zugewinnausgleichsforderung kommt nach § 1371 II aber immer nur der kleine Pflichtteil in Frage, so daß vom Zweck des § 1371 III her kein Anlaß besteht, die Vorschrift auch auf die Fälle anzuwenden, in denen der überlebende Ehegatte bei der erbrechtlichen Lösung stehen bleibt und den großen Pflichtteil verlangt.

---

4) Man denke nur an die Fälle, in denen zum Nachlaß ein Handelsgeschäft oder etwa Patentrechte gehören.

5) Weil eben eine exakte Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung innerhalb von sechs Wochen häufig nicht möglich ist.

6) Abgesehen natürlich vom Fall des Erb- oder Pflichtteilsverzichts, § 1371 III HS 2.

7) Diese Frage ergibt sich nur für diejenigen, die dem überlebenden Ehegatten der nicht Erbe oder Vermachtnisnehmer wird, ein Wahlrecht zwischen dem großen Pflichtteil und der Zugewinnausgleichsforderung mit kleinem Pflichtteil zubilligen. Lehnt man ein solches Wahlrecht ab, ist von vornherein klar, daß der überlebende Ehegatte immer nur den kleinen Pflichtteil verlangen kann.

Dafür besteht auch kein Bedürfnis. Wird dem überlebenden Ehegatten mehr als die Hälfte seines (erhöhten) gesetzlichen Erbteils zugewandt, besteht ein schutzwürdiges Interesse des überlebenden Ehegatten daran, die Erbschaft ausschlagen und trotzdem den großen Pflichtteil verlangen zu können nur dann, wenn die Erbschaft durch Beschränkungen oder Beschwerungen beeinträchtigt ist. In diesen Fällen gewährt aber schon bisher § 2306 I 2 das Recht, trotz Ausschlagung den Pflichtteil zu verlangen. Übersteigt der dem überlebenden Ehegatten hinterlassene Erbteil die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils nicht, so fallen Beschränkungen und Beschwerungen nach § 2306 I 1 ersatzlos weg, und wenn der ihm zugedachte Erbteil kleiner als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils ist, kann er nach § 2305 den an der Hälfte fehlenden Rest als Pflichtteil verlangen. Es ist also bereits nach dem bisherigen allgemeinen Pflichtteilsrecht Vorsorge getroffen, daß der überlebende Ehegatte immer soviel bekommt, und zwar frei von allen Beschränkungen und Beschwerungen, als dem großen Pflichtteil entspricht. Abgesehen von dem Fall des § 2306 I 2 kann eigentlich ein Interesse des überlebenden Ehegatten, die ihm angefallene Erbschaft auszuschlagen und statt dessen den großen Pflichtteil zu verlangen, nur dann bestehen, wenn er möglichst schnell bares Geld erhalten will, oder ihm aus irgendwelchen anderen Gründen die Beteiligung an einer Erbengemeinschaft unerwünscht ist[8]. Diese Gründe bestanden aber auch schon vor der Einführung des § 1371. Sie rechtfertigen es, wie sich aus den §§ 2305, 2306 eindeutig ergibt, nach der Auffassung des BGB nicht, den Grundsatz zu durchbrechen, daß mit der Ausschlagung auch das Pflichtteilsrecht entfällt[9].

Daran hat auch das Gleichberechtigungsgesetz nichts geändert. Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, daß es den überlebenden Ehegatten, der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, in dieser Hinsicht besser stellen wollte als denjenigen, der in einem anderen Güterstand lebte. Im Gegenteil, bei der Einführung der sog. erbrechtlichen Lösung war mitbestimmend, daß es im Interesse des überlebenden Ehegatten wie der übrigen Miterben liege, wenn der überlebende Ehegatte dinglich am Nachlaß beteiligt sei. Die erbrechtliche Lösung sollte gerade vermeiden, daß der überlebende Ehegatte dem

---

8) Zu denken wäre hier vor allem an eine persönliche Verfeindung mit den übrigen Erben.

9) Die Ausschlagung beseitigt nach § 1953 den Anfall der Erbschaft mit rückwirkender Kraft. Es wird so angesehen, als habe der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht mehr gelebt. Konsequenterweise entfällt damit auch das Pflichtteilsrecht des Ausschlagenden, denn der Pflichtteil ist nichts anderes als ein Ausfluß des gesetzlichen Erbrechts.

Nachlaß nur als Gläubiger einer Geldforderung gegenübersteht. Auch unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich also, daß eine Ausdehnung des Rechts des überlebenden Ehegatten, trotz Ausschlagung den Pflichtteil zu verlangen, vom Gesetz nicht gewollt ist, solange es bei der erbrechtlichen Lösung bleibt, und der große Pflichtteil ist ja nichts anderes als ein Ausfluß derselben.

Für die einschränkende Auslegung des § 1371 III spricht schließlich auch der Grundsatz, daß Ausnahmeregelungen im allgemeinen eng auszulegen sind. Daß nach der Systematik des BGB der Wegfall des Pflichtteilsrechts die Regel darstellt, wenn der Berechtigte die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, und die §§ 2306 I 2, 1371 III HS 1 die Ausnahme, kann aber nicht bezweifelt werden.

IV. Kapitel

Die Qualifikation des § 1371 I BGB

§ 11 Streitstand

Die Frage, wie die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten durch § 1371 I zu qualifizieren sei, ist erstmals von Ferid [1] aufgeworfen worden. Sie ist seither vielfach, wenn auch meist nur am Rande erörtert worden. Eine einheitliche Auffassung, ja nicht einmal eine herrschende Meinung, hat sich jedoch noch nicht gebildet. Überwogen zunächst die Stimmen, die für eine güterrechtliche Qualifikation des § 1371 I eintraten [2], mehrt sich in jüngster Zeit die Anzahl derer, die in § 1371 I eine erbrechtliche Vorschrift erblicken [3].

Ferid [4] meint, für die güterrechtliche Natur des § 1371 I spreche entscheidend, daß die Erbteilserhöhung nur beim Güterstand der Zugewinngemeinschaft eintrete [5]. Daran ändere auch nichts die Tatsache, daß diese Rechtswirkung erst mit dem Tode eines Ehegatten eintrete. Das "Ausgleichsviertel" sei dem überlebenden Ehegatten aus güterrechtlichem Erwerbsgrund zuzuordnen, so daß

---

1) Fam.RZ 1957, S. 73.

2) Für eine güterrechtliche Qualifikation haben sich ausgesprochen: Ferid, Fam.RZ 1957, S. 73; Bosch, Fam.RZ 1957, S. 195; Braga, Fam.RZ 1957, S. 341; Müller-Freienfels, JZ 1957, S. 690, Anm. 33; Thiele, Fam.RZ 1958, S. 397, Derselbe, Die Zugewinngemeinschaft, S. 52-57; Palandt-Lauterbach, Art. 15 EGBGB, Anm. 4; Erman-Marquordt, Art. 15 EGBGB, Anm. 4 h.

3) Erbrechtlich qualifizieren: Schwoerer, Jusitz 1957, S. 325; Krüger-Breetzke-Nowack, Vor § 1371; Erman-Bartholomeyczik, Gleichber.G., § 1931, Anm. 5; Bartholomeyczik, Erbrecht, S. 54; Rittner, DNotZ 1958, S. 189 f.; Maßfeller, Betrieb 1958, S. 566; Staudinger-Lehmann, § 1931 N, Anm. 1; Soergel-Ehard-Eder, § 1931, Anm. 5; Raape, IPR, S. 336 ff.; Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II, US Grdz. C III, Rdz. 61 b.
Nicht ganz eindeutig, Bärmann, AcP, Bd. 157, S. 189 f., doch neigt er insgesamt wohl mehr zu einer erbrechtlichen Qualifikation.

4) Fam.RZ 1957, S. 73.

5) Dieses Argument findet man auch bei Thiele, Die Zugewinngemeinschaft, S. 54 und Palandt-Lauterbach, Art. 15 EGBGB, Anm. 4.

die Erbfolge, über die das ausländische Erbstatut zu befinden habe, nur über 3/4 des Nachlasses stattfinden könne.

Bosch [6] will der vom Gesetzgeber vorgenommenen rechtssystematischen Einordnung des § 1371 I in das Familienrecht entscheidendes Gewicht beimessen. Er ist der Ansicht, die Qualifikationsfrage wäre anders zu beantworten, wenn § 1371 in das V. Buch des BGB, etwa als § 1931a, eingegliedert worden wäre.

Thiele [7] betont demgegenüber, daß es bei der Qualifikation einer Norm allein auf deren materiell-rechtlichen Gehalt ankomme. Die systematische Einordnung im Gesetz stelle hierfür lediglich ein Indiz dar. Entscheidend sei vor allem der Sinn- und Zweckgehalt der Norm. Wie aber bereits der Wortlaut des § 1371 I besage, solle durch die Erbrechtserhöhung der Zugewinnausgleich "verwirklicht" werden. Die erbrechtliche Lösung stelle nur eine "Sonderform" des Zugewinnausgleichs dar. Sie sei untrennbar mit dem gesetzlichen Güterstand verbunden. Sie stehe auch in keinem Zusammenhang mit den allgemeinen Wirkungen der Ehe und trete bei den anderen Güterständen nicht ein. Die äußere Erscheinungsform des Zugewinnausgleichs im Falle des Todes eines Ehegatten sei zwar eine erbrechtliche, ihrem materiellen Gehalt nach gehöre die erbrechtliche Lösung des Zugewinnausgleichs aber dem ehelichen Güterrecht an.

Auch Braga [8] qualifiziert § 1371 I deshalb güterrechtlich, weil die Erhöhung des Erbteils eine rein güterrechtliche Funktion zu erfüllen habe.

Müller-Freienfels [9] hält zwar die ehegüterrechtliche Qualifikation des § 1371 I für einen brauchbaren Ausgangspunkt. Er warnt jedoch davor, der Qualifikationsfrage eine normative Bedeutung zuzumessen, die ihr nicht zukomme. Eine erschöpfende Qualifikationslösung gebe es nicht, da es eine begriffliche Scheidung von erb- und güterrechtlichen Normen, die überall Geltung habe, nicht gebe. Ob der überlebende Ehegatte den Zugewinnausgleich wirklich erhalte, hänge von der Angleichung ab. Bekomme er etwa schon nach fremdem Erbrecht 3/4 des Nachlasses, entfalle ein deutscher Zugewinnausgleich.

Lauterbach [10] ist der Ansicht, bei der erbrechtlichen Lösung handle es sich nicht um eine allgemeine erbrechtliche Besserstellung des Ehegatten, sondern

---

6) Fam.RZ 1957, S. 195.
7) Fam.RZ 1958, S. 397; Die Zugewinngemeinschaft, S. 53 f.
8) Fam.RZ 1957, S. 341.
9) JZ 1957, S. 690, Anm. 33.
10) Palandt-Lauterbach, Art. 15 EGBGB, Anm. 4.

um eine güterrechtliche Abschichtung nach dem Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Im übrigen meint er, ähnlich wie Müller-Freienfels, daß die Verbesserung des Erbrechts dann entfallen müsse, wenn das Heimatrecht des Erblassers den überlebenden Ehegatten ohnehin schon besser stelle als das deutsche Recht; denn diese Verbesserung gewähre der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf das sonst zu ungünstige Erbrecht, also doch auch unter erbrechtlichen Gesichtspunkten.

Für eine erbrechtliche Qualifikation des § 1371 I hat sich zuerst Schwoerer [11] ausgesprochen, ohne jedoch seine Meinung näher zu begründen.

Breetzke [12] rechnet § 1371 I trotz seiner systematischen Stellung zum Erbrecht, weil die Grundlage der gesetzliche Erbteil sei, der erhöht werde. Der erbrechtlichen Grundlage müsse auch der Aufbau folgen. Die Voraussetzung des Zusatzerbteils gehöre nur zum Teil dem ehelichen Güterrecht an, im wesentlichen aber dem Erbrecht. Die Wirkung sei allein erbrechtlicher Art, da die Vorschrift davon absehe, ob überhaupt ein Zugewinn erzielt worden sei, und damit die güterrechtliche Ausgangslage völlig aufgebe.

Auch Bartholomeyczik [13] weist darauf hin, daß durch die Erbteilserhöhung in Wirklichkeit kein "Ausgleich des Zugewinns verwirklicht" werde, sondern gerade unabhängig von den güterrechtlichen Ausgleichsvoraussetzungen dem überlebenden Ehegatten eine besondere erbrechtliche Stellung zuerkannt werde [14]. Würde die Erbteilserhöhung tatsächlich den Ausgleich des Zugewinns verwirklichen, dann wäre nicht einzusehen, warum dem überlebenden Ehegatten durch Ausschlagung des erbrechtlichen Erwerbs die Möglichkeit geboten werde, den Zugewinnausgleich "wirklich" güterrechtlich zu verwirklichen.

Rittner [15] meint, man brauche nur den Wortlaut des § 1371 I von allem überflüssigen, ja sogar irreführenden "Beiwerk" zu befreien, um zu erkennen, daß es sich um eine erbrechtliche Bestimmung handle. Die Wendung, daß durch die Erbteilserhöhung "der Ausgleich des Zugewinns verwirklicht" werde, nehme unnötigerweise eine den Rechtssatz motivierende Vorstellung in den

---

11) Justiz 1957, S. 325.

12) Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichber.G., vor § 1371.

13) Erman-Bartholomeyczik, Gleichber.G., § 1931, Anm. 5.

14) So auch Soergel-Ehard-Eder, § 1931, Anm. 5 mit dem Hinweis, daß durch § 1931 III die Vorschriften des § 1371, soweit sie das Erbrecht betreffen, auch rechtssystematisch dem Erbrecht eingeordnet würden.

15) DNotZ. 1958, S. 189 f.

Gesetzestext hinein. Der 2. Halbsatz der Bestimmung diene lediglich dazu, unrichtigen Folgerungen aus der in den Gesetzestext hineingeratenen Vorstellung des Gesetzgebers vorzubeugen. Beides wäre überflüssig gewesen. Sehe man von diesem "Beiwerk" ab, ergebe sich als wesentlicher Inhalt des § 1371 I eine Änderung des Erbrechts der im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten. Diese erbrechtliche Sonderregelung müsse in vollem Umfang in das System des V. Buches des BGB eingefügt werden. Sämtliche Bestimmungen, die unmittelbar oder mittelbar das gesetzliche Erbrecht beträgen, seien anwendbar. Neben der Tatsache, daß im statistischen Regelfall die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst werde und dieser allein oder doch in weitaus größerem Umfang einen Zugewinn während der Ehe erzielt habe, hätten bei der Entscheidung des Gesetzgebers, die erbrechtliche Lösung einzuführen, auch Gründe und Wertungen mitgewirkt, welche für die Erhöhung des Ehegattenerbrechts überhaupt sprächen [16], wenngleich an eine Neuregelung des Ehegattenerbrechts für sämtliche Ehen angesichts des begrenzten Ziels des Gesetzgebungsvorhabens von vornherein nicht gedacht gewesen sei.

Bärmann [17] nimmt zu der Qualifikationsfrage zwar nicht abschließend Stellung, neigt aber insgesamt doch mehr zu einer erbrechtlichen Qualifikation der Erbteilserhöhung. Er meint, § 1371 I spreche jedenfalls dafür. Dagegen könnte nur die Möglichkeit der Ersetzung des Zusatzviertels durch den Zugewinnausgleichsanspruch und den kleinen Pflichtteil nach § 1371 II u. III sprechen, sofern der Ausgleichsanspruch und der kleine Pflichtteil güterrechtlich zu qualifizieren seien. Gerade das letztere erscheint Bärmann freilich "sehr fraglich". Die Verbindung der Ausgleichsforderung mit dem Pflichtteil und die Tatsache, daß die beiden Ansprüche nicht nur das Zusatzviertel ersetzten, sondern den ganzen Erbteil des überlebenden Ehegatten, legen Bärmanns Ansicht nach eine Behandlung nach Erbrecht im ganzen nahe. Dagegen könne allerdings die Einordnung in das IV. Buch des BGB, das Familienrecht, sprechen.

Raape [18] ist der Ansicht, daß über den Erbteil des überlebenden Ehegatten allein das Heimatrecht des Erblassers bestimme. Der deutsche Gesetzgeber habe da nichts hineinzureden. Daß § 1371 I erbrechtlich zu qualifizieren sei, zeige schon, daß diese Vorschrift allgemein als "erbrechtliche Lösung" bezeichnet werde im Gegensatz zu der güterrechtlichen Lösung des § 1371 II. Die erbrechtliche Qualifikation führe auch nicht zu ungerechten Ergebnissen. Der

---

16) Welche Gründe und Wertungen dies waren, sagt Rittner leider nicht.
17) AcP, Bd. 157, S. 189 f.
18) IPR, S. 336 ff.

überlebende Ehegatte gehe nicht leer aus, er behalte vielmehr den Zugewinnausgleichsanspruch plus Erbteil (nach ausländischem Recht). Umgekehrt wäre es ein Unrecht gegenüber den Miterben des überlebenden Ehegatten, wenn der ihnen kraft ausländischen Rechts als Erbstatut zustehende Erbteil durch ein Machtwort des deutschen Rechts verringert würde. Dieses Unrecht werde auch nicht dadurch ausgeglichen, daß der Nachlaß in diesem Falle nicht durch die Ausgleichsforderung geschmälert werde; denn häufig werde eine solche überhaupt nicht oder nur in geringer Höhe bestehen, weil der Erblasser keinen oder nur einen geringen Zugewinn gemacht habe. Schließlich sei diese Auffassung auch allein praktikabel. Die güterrechtliche Qualifikation führe zu unlösbaren Angleichungsproblemen. Möglicherweise stelle das ausländische Recht den überlebenden Ehegatten erbrechtlich besonders gut, weil es ihn güterrechtlich schlecht stelle. Ihm dann auch noch den erhöhten Erbteil nach § 1371 I zu gewähren, wäre des Guten zu viel. Es müßte also eine Korrektur im Wege der Angleichung vorgenommen werden, doch in welchem Ausmaß?

Ferid-Firsching [19] vertreten die Auffassung, daß die Tatsache, daß eine Änderung der Erbquoten ausschließlich im Hinblick auf eine neue güterrechtliche Regelung erfolge, allein nichts an der erbrechtlichen Natur des Vermögensüberganges ändere. Sie weisen in diesemZusammenhang besonders auf die Parallelen im Güter- und Erbrecht der amerikanischen community-property-Staaten hin [20]. Das Ausgleichsviertel bilde mit dem Erbteil nach § 1931 eine Einheit und teile deshalb dessen rechtliches Schicksal. Die güterrechtliche Qualifikation führe zu dem seltsamen Ergebnis, daß der nach dem fremden Erbrecht und der nach § 1371 I anfallende Teil als ein einheitlicher Erbteil zu betrachten seien. Es sei auch nicht so, daß das BGB vor dem Gleichber.G. die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten unabhängig von der güterrechtlichen Ordnung geregelt habe. Der Gesetzgeber habe vielmehr für überlebende Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstande lebten, eine Quote von 1/4 für angemessen erachtet. Er habe keine Veranlassung gesehen, daran im Falle vertraglicher Güterstände etwas zu ändern, sondern es den Ehegatten überlassen, die Rechte des überlebenden Ehegatten zu sichern, sei es durch die Wahl des Güterstandes, sei es durch Verfügung von Todes wegen. Das Ergebnis der erbrechtlichen Qualifikation sei schließlich nicht unbilliger als jenes, das die Vertreter der güterrechtlichen Qualifikation erzielten. Dem Gedanken der Zugewinngemeinschaft sei durch die Ausgleichsforderung hinlänglich Rechnung getragen. Daneben komme die ausländische Erbrechtsordnung voll zur Anwendung.

---

19) Internationales Erbrecht, Bd. II, US Grdz. C III, Rdz. 61 b.

20) Vgl. oben S. 16 ff.

Den Auffassungen der bisher erwähnten Autoren ist eines gemeinsam: Sie ordnen den § 1371 I entweder in das Güterrecht oder in das Erbrecht ein. Dieses "gequälte" Entweder - Oder hat neuerdings Schröder [21] scharf angegriffen. Er vertritt im Anschluß an Heck [22], Neuner [23] und Wengler [24] die Ansicht, daß eine eindeutige Qualifikation vielfach nicht möglich sei. Die Begriffe der IPR-Normen ließen sich nicht so scharf voneinander abgrenzen, daß keine Überschneidungen vorkommen könnten. Es sei deshalb durchaus möglich, daß ein Rechtsinstitut gleicherweise sinnvoll unter mehrere Kollisionsnormen subsumiert werden könne. In diesen Fällen helfe nur eine fallbezogene, konkrete Lösung, welche der Anpassung zufalle. Ein "Schulbeispiel" für seine Auffassung erblickt er in dem "heißumstrittenen" neuen § 1371 I. Man könne diese Vorschrift zwar zunächst einmal güterrechtlich qualifizieren, doch sei das nur eine provisorische Lösung. Der Qualifizierende müsse sich immer bewußt bleiben, daß seine Einordnung nicht definitiv sei, sondern durch eine abweichende Lösung im Einzelfall mittels der Anpassung "auflösend bedingt" sei.

Nun übersehen die von Schröder kritisierten Autoren freilich nicht, daß mit der Qualifikation noch lange nicht alle Schwierigkeiten behoben sind [25]. Sie erkennen sehr wohl die Möglichkeit, daß im Einzelfall noch eine Korrektur des mit Hilfe der güterrechtlichen oder erbrechtlichen Qualifikation des § 1371 I gewonnenen Ergebnisses erforderlich sein kann [26]. Durch diese

---

21) Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S. 90 - 94.

22) Z. f. d. ges. HR, Bd. 38, S. 312.

23) Der Sinn der IPR-Norm, S. 68.

24) Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im IPR, Festschrift für M. Wolff, S. 348, 363 f., 365 f.

25) So sagt etwa Thiele (FamRZ 1958, S. 397):
"Die kollisionsrechtlichen Schwierigkeiten sind damit (sc. der Qualifikation) noch längst nicht gelöst. Sie beginnen eigentlich erst richtig dort, wo das nach deutschem Güterrecht gewährte zusätzliche Viertel in die ausländische Erbrechtsordnung eingeordnet werden muß."
Bei Braga (FamRZ 1957, S. 341) heißt es: "Doch das Problem ist damit (sc. der Qualifikation) noch nicht gelöst."

26) Vgl. die eben Genannten (Anm. 25). Müller-Freienfels (JZ 1957, S. 690, Anm. 33) betont ausdrücklich, daß darüber, ob der überlebende Ehegatte den Ausgleich wirklich erhalte, die "Angleichung" entscheide. Ihm folgt Lauterbach (Palandt-Lauterbach, Art. 15 EGBGB, Anm. 4). Auch Ferid-Firsching (Internationales Erbrecht, Bd. II, US Grdz. C III, Rdz. 61b) weisen darauf hin, daß etwa im Einzelfall entstehende Unbilligkeiten im Wege der Angleichung zu beheben seien. Maßfeller (Betrieb 1958, S. 566) will in Fällen grober Unbilligkeit mit § 1381 helfen.

nachträgliche Korrektur wird aber die einmal erfolgte Qualifikation nicht berührt. Demgegenüber führt Schröders "tatbestandsverändemde Subsumtionsanpassung der IPR-Norm" [27] nicht nur zu einer Korrektur des mit Hilfe der Qualifikation gefundenen Ergebnisses, sondern zu einer je nach den Bedürfnissen verschiedenen Qualifikation selbst. Mit anderen Worten, § 1371 I ist bald als güterrechtliche, bald als erbrechtliche Norm zu behandeln, je nachdem, welche Auffassung zum sachgerechteren Ergebnis führt [28].

Die Anpassung kann aber - was auch Schröder betont [29] - immer nur das letzte Mittel sein, um zu einem brauchbaren Ergebnis zu kommen. Nur wenn die Qualifikation versagt, sei es, daß eine eindeutige Qualifikation überhaupt nicht möglich ist, sei es, weil sie zu keinem vernünftigen Ergebnis führt, darf angepaßt werden. Die Qualifikation hat sowohl bei der Rechtsanwendung wie im normlogischen Aufbau den Vorrang. Deshalb ist zunächst die Qualifikationsfrage zu erörtern. Dann erst kann auf die Fragen der Anpassung näher eingegangen werden.

---

27) Schröder, a.a.O., S. 90.

28) Das letztere ist nur haltbar, wenn man, wie Schröder, davon ausgeht, daß § 1371 I eindeutig weder dem Güter- noch dem Erbrecht zugeordnet werden kann. Kommt man dagegen zu der Auffassung, daß § 1371 I als eine güterrechtliche Vorschrift anzusehen ist, oder zu der anderen Ansicht, daß es sich um eine Norm des Erbrechts handelt, kann die Tatsache, daß diese Qualifikation zu keinem vernünftigen Ergebnis führt, an der festgestellten juristischen Natur der Vorschrift nichts ändern; denn die juristische Natur ist eine dauernde Eigenschaft einer Norm. Sie kann nicht ständig wechseln, je nachdem, ob sie mit Normen dieser oder jener Rechtsordnung, dieses oder jenes Inhalts zusammentrifft.

29) A.a.O., S. 93.

§ 12 Die Stellung des § 1371 I BGB im Gesetz

Der Stellung des § 1371 I im IV. Buch des BGB, das vom Familienrecht handelt, und dort im 6. Titel, der die Bestimmungen über das eheliche Güterrecht enthält, kommt nach dem oben Gesagten [1] allenfalls die Bedeutung eines Indizes für den rechtlichen Charakter dieser Vorschrift zu.

Die Einordnung der erbrechtlichen Lösung in das eheliche Güterrecht ist zweifellos deshalb erfolgt, weil der Gesetzgeber der Ansicht war, daß durch die Erbteilserhöhung der Ausgleich des Zugewinns "verwirklicht" werde. Von diesem Ausgangspunkt her gesehen, ist die Einordnung des § 1371 I in das eheliche Güterrecht nur konsequent. Sind erbrechtliche und güterrechtliche Lösung nur zwei verschiedene Mittel zur Durchführung des Zugewinnausgleichs, erscheint es systematisch völlig gerechtfertigt, beide Mittel ohne Rücksicht auf ihre äußere Erscheinungsform gemeinsam im Abschnitt über das eheliche Güterrecht zu regeln; denn das Rechtsinstitut des Zugewinnausgleichs gehört ohne Zweifel dem ehelichen Güterrecht an.

Aber auch wenn man der Ansicht ist, daß die Erbteilserhöhung mit dem Zugewinnausgleich, abgesehen von der irrigen gesetzgeberischen Vorstellung, daß dadurch der Zugewinnausgleich verwirklicht werde, nichts zu tun hat, und deshalb den § 1371 I erbrechtlich qualifiziert, läßt sich die Einordnung dieser Vorschrift in das eheliche Güterrecht vertreten. Der Gesetzgeber hat die erbrechtliche und die güterrechtliche Lösung so ausgestaltet, daß sie einander gegenseitig ausschließen. Er hat sie auf diese Weise in einen so engen Zusammenhang miteinander gebracht, daß es nicht unzweckmäßig erscheint, daß beide gemeinsam im ehelichen Güterrecht geregelt wurden. Der Überblick über die besonderen Rechte, die dem überlebenden Ehegatten, der mit seinem verstorbenen Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, nach der Auflösung der Ehe durch den Tod des anderen Ehegatten zustehen, insbesondere die Wahlmöglichkeit zwischen der erbrechtlichen Lösung (Erbteilserhöhung, großer Pflichtteil) und der güterrechtlichen Lösung (Ausgleichsforderung und kleiner Pflichtteil) ist dadurch erleichtert, wenn auch die Fassung des § 1371 im einzelnen vieles zu wünschen übrig läßt. Mag also auch bei einer erbrechtlichen Qualifikation des § 1371 I die Einordnung dieser Vorschrift in das eheliche Güterrecht einem sauberen dogmatischen Aufbau des Gesetzes widersprechen, kann man sie doch mit Zweckmäßigkeitsgründen rechtfertigen.

---

1) Vgl. oben S. 28.

Eine saubere dogmatische Konstruktion sollte zwar auch für den Gesetzgeber und nicht nur für die Wissenschaft ein erstrebenswertes Ziel sein, doch darf nicht verkannt werden, daß das Interesse des Gesetzgebers naturgemäß in erster Linie auf eine zweckmäßige, praktikable Regelung der Interessengegensätze gerichtet ist und rechtsdogmatische Überlegungen bei der Gesetzgebung in der Regel nur eine untergeordnete Rolle spielen [2]. Schon allein aus diesem Grund kann dem Indiz, das die Einordnung des § 1371 I in das eheliche Güterrecht bestenfalls darstellt, nur eine geringe Bedeutung zugemessen werden.

Hinzu kommt, daß die Überschriften der Abschnitte, Titel usw. des BGB nicht für die Zwecke des IPR gebildet wurden [3], sondern in erster Linie der Übersicht dienen. Sie sind zwar Teil des Gesetzes und deshalb bei der Auslegung zu beachten [4], doch ist die Auslegung nicht an diese Überschriften gebunden, wenn die Überschrift zu einem ihr unterstellten Paragraphen nicht paßt [5].

---

2) Wie leicht der Verzicht auf alle dogmatischen Überlegungen - der gegen die erbrechtliche Lösung erhobene Einwand der Inkonsequenz soll bei den Ausschußberatungen mit der Bemerkung abgetan worden sein: "Wir nehmen jede Inkonsequenz in Kauf, wenn sie nur praktikabel ist." (Vgl. Bärmann, AcP Bd. 157, S. 182, Anm. 111). - aber zu einer völlig unübersichtlichen und damit unzweckmäßigen, unpraktikablen Regelung führt, zeigt gerade das Beispiel des § 1371 mit großer Deutlichkeit.

3) Vgl. Heck, Z.f.d.ges. HR, Bd. 38, S. 312.

4) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, S. 48 (§ 12 VI); v. Tuhr, Allg. Teil, S. 4.

5) Vgl. v. Tuhr, a.a.O., der darauf hinweist, daß z.B. die Haftung für Tierschaden (§ 833, S. 1) im Titel über unerlaubte Handlungen geregelt ist, obwohl sie nicht auf einer unerlaubten Handlung beruht, sondern eine Gefährdungshaftung ist, und daß das Forderungspfandrecht kein Sachenrecht ist, obgleich es im III. Buch des BGB geregelt ist.

§ 13 Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1371 I BGB

Der Tatbestand des § 1371 I setzt zunächst einmal voraus, daß beim Tod des erstverstorbenen Ehegatten zwischen den Ehegatten eine gültige Ehe bestanden hat. Diese Voraussetzung vermag jedoch keinen Hinweis auf die juristische Natur des § 1371 I zu geben; denn eine gültige Ehe ist Voraussetzung sowohl für eine ehegüterrechtliche Beteiligung am Vermögen des anderen Ehegatten als auch für das Ehegattenerbrecht.

Diese Ehe muß durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst worden sein. Nun ist es zwar ein wesentliches Merkmal erbrechtlicher Vorschriften, daß sie regelmäßig den Tod einer Person voraussetzen, denn der Kern des Erbrechts besteht ja in der Regelung der Rechtsnachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen, doch ist der Tod in aller Regel auch ein Umstand, der zur Auflösung und Abwicklung der während der Ehe des Verstorbenen für dessen Vermögen geltenden Sonderordnung führt, und die darauf sich beziehenden Rechtssätze gehören dem ehelichen Güterrecht an. Aus der Tatsache, daß § 1371 I den Tod des einen Ehegatten voraussetzt, läßt sich deshalb ebenfalls nichts für die Beantwortung der Frage entnehmen, ob § 1371 I güterrechtlich oder erbrechtlich zu qualifizieren ist.

Der Tatbestand des § 1371 I setzt ferner voraus, daß die Ehegatten beim Tod des Erstverstorbenen im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt haben. Diese Voraussetzung liegt zwar eindeutig auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts, doch läßt sie - wie bei der generellen Abgrenzung des ehelichen Güterrechts vom Erbrecht bereits dargetan wurde [1] - einen sicheren Schluß auf die güterrechtliche Natur der Vorschrift nicht zu, sondern stellt nur ein jederzeit widerlegbares Indiz hierfür dar. Die weitere Voraussetzung des § 1371 I, daß der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe des verstorbenen Ehegatten wird, und zwar mit seinem vollen gesetzlichen Erbteil im Sinne des § 1931 [2], gehört demgegenüber eindeutig dem Erbrecht an. Seinen Rechtsvoraussetzungen nach ist § 1371 I also teilweise zum ehelichen Güterrecht, teilweise zum Erbrecht zu rechnen.

---

1) Vgl. oben S. 15 ff.

2) Vgl. Staudinger-Lehmann, § 1931 N, Anm. 5.

§ 14 Die Rechtsfolgen des § 1371 I BGB

Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so erhöht sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft. Dieses sogenannte Zusatzviertel unterliegt in vollem Umfang den allgemeinen erbrechtlichen Regeln. Es teilt das rechtliche Schicksal des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten nach § 1931, mit dem es einen einheitlichen Erbteil, nämlich den gesetzlichen Erbteil des im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebenden Ehegatten, bildet [1].

Diese Einheitlichkeit des nach § 1931 i.V.m. § 1371 I anfallenden Erbteils zeigt sich insbesondere bei der Annahme und Ausschlagung des Erbteils, die sich stets auf den ganzen, erhöhten Erbteil beziehen muß [2]. Eine Teilannahme oder Teilausschlagung ist nach § 1950 unwirksam. Nur wer zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen (§ 1951 I). Von einer Berufung zu mehreren Erbteilen kann aber nicht die Rede sein, da das Zusatzviertel keinen selbständigen Erbteil bildet. Das bringt das Gesetz klar darin zum Ausdruck, daß es in § 1371 I lediglich von einer "Erhöhung" des gesetzlichen Erbteils um ein Viertel spricht, nicht von einem weiteren Erbteil in Höhe von einem Viertel des Nachlasses. Auch erhält der überlebende Ehegatte das Zusatzviertel stets nur, wenn er auch den Erbteil nach § 1931 erhält. Daß einer "Erhöhung" des gesetzlichen Erbteils nach Auffassung des BGB nicht die Rechtsnatur eines besonderen Erbteils zukommt, ergibt sich auch aus § 1935, wonach der Teil, um welchen sich der Erbteil eines gesetzlichen Erben durch den Wegfall eines anderen gesetzlichen Erben "erhöht", nur in

---

1) Vgl. Erman-Bartholomeyczik, Gleichber.G., § 1931, Anm. 5 c; Staudinger-Lehmann, § 1931 N, Anm. 5 u. 10.

2) Vgl. Erman-Bartholomeyczik, Gleichber.G., § 1931, Anm. 5 c; a.A. Staudinger-Lehmann, § 1931 N, Anm. 10, der trotz der Annahme, es handle sich bei dem erhöhten Erbteil des überlebenden Ehegatten um einen einheitlichen Erbteil, im Wege der Analogie zu § 1951 eine auf das Ausgleichsviertel beschränkte Ausschlagung zulassen will. Das widerspricht aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes. § 1951 gestattet eine Teilannahme und Teilausschlagung nur dem zu mehreren Erbteilen aus verschiedenen Gründen Berufenen. Fehlt eine dieser beiden Voraussetzungen, so greift das grundsätzliche Verbot von Teilannahme und Teilausschlagung nach § 1950 ein. Eine im Wege der Analogie ausfüllbare Lücke im Gesetz besteht hier nicht.

ganz bestimmter Hinsicht als besonderer Erbteil gilt [3].

Auch in pflichtteilsrechtlicher Hinsicht gelten für den erhöhten Erbteil keine Besonderheiten, wie oben bei der Erörterung der Frage des großen Pflichtteils bereits dargetan wurde. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten, der mit seinem verstorbenen Ehepartner im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem erhöhten gesetzlichen Erbteil des Ehegatten. Maßgebend sind die allgemeinen Pflichtteilsvorschriften der §§ 2303 ff. Die besonderen Vorschriften des § 1371 II und III gelten nur, wenn es zur güterrechtlichen Lösung kommt. Für die erbrechtliche Lösung haben sie keine Bedeutung.

Vom Ausgleich des Zugewinns, wie er in den §§ 1373 - 1390 geregelt ist, unterscheidet sich das Ausgleichsviertel dagegen grundlegend. Die Ausgleichsforderung ist ein obligatorischer Anspruch [4], während das Ausgleichsviertel eine dingliche Beteiligung am Nachlaß gewährt. Zum Nachlaß gehört das voreheliche Vermögen des Erblassers genauso wie das während der Ehe erworbene. Auch die Herkunft des Vermögens spielt keine Rolle. Etwas ganz anderes gilt für die Berechnung des Zugewinns bei der güterrechtlichen Lösung. Nach § 1373 wird bei der Berechnung des Zugewinns vom Endvermögen, das ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung der Zugewinngemeinschaft gehört (§ 1375 I 1), das Anfangsvermögen abgezogen, welches aus dem Vermögen gebildet wird, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstandes, also im Regelfall bei der Eheschließung, gehört (§ 1374 I). Dem Anfangsvermögen hinzugerechnet und damit gleichfalls vom Endvermögen abgezogen wird ferner das Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf sein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat, soweit es nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist (1374 II).

Der Sinn dieser Vorschrift ist klar: Da der Zugewinnausgleich auf dem Gedanken beruht, daß das in der Ehe gemeinsam erarbeitete und ersparte Vermögen gleichmäßig geteilt werden soll ohne Rücksicht darauf, wem es mehr oder weniger zufällig bei der Beendigung des Güterstandes gehört, müssen bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs solche Vermögenswerte ausscheiden, die

---

3) Nämlich in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichspflicht.

4) Im Konkurs geht die Ausgleichsforderung allen Erb- und Pflichtteilsansprüchen vor. Vgl. Baur, Fam.RZ 1958, S. 256.

nicht gemeinsam erarbeitet sind. Diesem Gedanken dient, wenn auch in sehr grober Weise [5], die Vorschrift des § 1374.

Bei der Nachlaßberechnung und -verteilung bleibt grundsätzlich unberücksichtigt, was der Erblasser zu seinen Lebzeiten an Dritte weggegeben hat. Die Erben sind, abgesehen von den Fällen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2329, auf das angewiesen, was nach dem Tode des Erblassers noch vorhanden ist. Bei der Zugewinnberechnung wird dagegen dem Endvermögen eines Ehegatten der Betrag hinzugerechnet, um den dieses Vermögen dadurch vermindert ist, daß ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes unentgeltliche Zuwendungen gemacht hat, durch die er nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen hat, Vermögen verschwendet oder Handlungen in der Absicht vorgenommen hat, den anderen Ehegatten zu benachteiligen (§ 1375 II). Diese Hinzurechnung unterbleibt nur, wenn die Vermögensverminderung mindestens zehn Jahre vor Beendigung der Zugewinngemeinschaft eingetreten ist oder der andere Ehegatte mit der unentgeltlichen Zuwendung oder der Verschwendung einverstanden gewesen ist (§ 1375 III). Zuwendungen des Erblassers an seinen Ehegatten unter Lebenden werden bei der Erbteilung nicht berücksichtigt, denn das BGB kennt eine Ausgleichspflicht nur unter Abkömmlingen (§§ 2050 ff.), nicht aber eine solche des überlebenden Ehegatten [6]. Auf die Ausgleichsforderung eines Ehegatten wird hingegen nach § 1380 angerechnet, was ihm von dem anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet wurde, daß es auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden soll. Bei Geschenken, die den Wert von Gelegenheitsgeschenken, wie sie nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich sind, übersteigen, ist im Zweifel sogar anzunehmen, daß sie angerechnet werden sollen.

Die erbrechtliche "Verwirklichung" des Zugewinnausgleichs entfällt in den Fällen des § 1933 oder wenn der überlebende Ehegatte für erbunwürdig erklärt wurde (§§ 2339 ff.), da die Erhöhung des Erbteils nach § 1371 I nur eintritt, wenn der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe wird. Der güterrechtliche Zugewinnausgleich entfällt dagegen in diesen Fällen nicht. Die Gründe, die in den Fällen des § 1933 und der Erbunwürdigkeit zum Wegfall des Erbrechts des überlebenden Ehegatten führen, haben in der Tat mit dem Gedanken des

---

5) Anderer Erwerb eines Ehegatten als der in § 1374 II genannte, zu welchem der andere Ehegatte auch nicht beigetragen hat, wie z.B. Lotto- und Totogewinne, Wertsteigerungen bei Grundstücken, Kursgewinne bei Aktien usw., bleibt trotzdem ausgleichspflichtig.

6) Anders nur im Pflichtteilsrecht (§ 2315).

Zugewinnausgleichs nichts zu tun. Sie rechtfertigen zumindest in der Regel keineswegs einen Ausschluß des überlebenden Ehegatten vom Zugewinnausgleich. Die Tatsache, daß der überlebende Ehegatte jahre- oder gar jahrzehntelang durch seine Mitarbeit zum Zugewinn des Verstorbenen beigetragen hat, wird durch den Ehebruch oder eine sonstige schuldhafte Eheverfehlung des überlebenden Ehegatten nicht beseitigt. Ähnliches gilt für die Fälle der Erbunwürdigkeit. Durch die Tatsache etwa, daß der überlebende Ehegatte ein ihm ungünstiges Testament "verschwinden" ließ, wird seine während der Ehe geleistete Mitarbeit am Zugewinn des Erblassers nicht berührt. Die sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnisse der erbrechtlichen Lösung in den Fällen des § 1933 und der Erbunwürdigkeit waren ja auch mit ein Grund, weshalb der Gesetzgeber die erbrechtliche Lösung nicht rein durchführte, sondern mit der güterrechtlichen Lösung verband, bei der es auf die Frage, ob der Erblasser zur Zeit seines Todes eine begründete Ehescheidungs- oder Eheaufhebungsklage erhoben hatte, die zur Scheidung oder Aufhebung der Ehe aus Verschulden des überlebenden Ehegatten geführt hätte, sowie auf eine eventuelle Erbunwürdigkeit des überlebenden Ehegatten nicht ankommt.

Die Zugewinnausgleichsforderung kann vom Vormundschaftsgericht auf Antrag gestundet werden, wenn die sofortige Zahlung den Schuldner besonders hart treffen würde und dem Gläubiger die Stundung zugemutet werden kann (§ 1382 I). Diese Vorschrift findet auch zugunsten der Erben Anwendung, wenn es zum güterrechtlichen Zugewinnausgleich nach § 1371 II kommt. Bleibt es dagegen bei der erbrechtlichen Lösung, ist eine solche Stundungsmöglichkeit nicht gegeben, der überlebende Ehegatte kann jederzeit [7] Auseinandersetzung verlangen (§ 2042 I).

Bei grober Unbilligkeit, insbesondere, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat, kann der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung ganz oder teilweise verweigern. Auf die Fälle des erbrechtlichen Zugewinnausgleichs findet diese Vorschrift aber keine Anwendung. Lebt etwa der Ehemann jahrelang von seiner Ehefrau getrennt mit einer Freundin zusammen und verjubelt mit dieser sein ganzes Geld, so erhält er trotz allem den erhöhten Erbteil nach § 1371, wenn die Ehefrau verstirbt, ohne eine letztwillige Verfügung getroffen zu haben.

Diese Gegenüberstellung der erbrechtlichen und güterrechtlichen Lösung zeigt, daß das Ausgleichsviertel völlig anderen Regeln folgt als die Zugewinnausgleichs-

7) Abgesehen von den Beschränkungen der §§ 2043 - 2045.

forderung. Das Ausgleichsviertel unterliegt den allgemeinen erbrechtlichen Bestimmungen, die Ausgleichsforderung dagegen besonderen güterrechtlichen Vorschriften [8]. Seinen Rechtsfolgen nach ist § 1371 I somit eindeutig erbrechtlich zu qualifizieren.

§ 15 Der Zweck und die Entstehungsgeschichte des § 1371 I BGB

Der Zweck der Erbteilserhöhung besteht nach dem Wortlaut des § 1371 I HS 1 in der "Verwirklichung" des Zugewinnausgleichs. Die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten stellt nach der Auffassung des Gesetzgebers "nichts anderes als eine besondere Art des Zugewinnausgleichs im Rahmen der Zugewinngemeinschaft dar". Durch sie werde der überlebende Ehegatte, "der im Falle der Scheidung oder des vorzeitigen Zugewinnausgleichs einen Ausgleichsanspruch erhalten würde, auf eine andere Art und Weise als durch Gewährung einer Ausgleichsforderung an dem Erwerb des anderen Ehegatten" beteiligt [1].

Der Satz, daß durch die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten der Ausgleich des Zugewinns "verwirklicht" werde, trifft aber, genau genommen, nur in jenen Fällen zu, in denen der Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten zur Hälfte aus ausgleichspflichtigem Zugewinn besteht [2]. In allen anderen Fällen kann man schwerlich von einer "Verwirklichung" des Zugewinnausgleichs sprechen, eher noch von einer pauschalen "Abgeltung" des Ausgleichsanspruchs durch die Erbteilserhöhung. Aber auch dieser Gedanke versagt, wenn ein ausgleichspflichtiger Zugewinn von den Ehegatten überhaupt nicht erzielt wurde, oder wenn der überlebende Ehegatte selbst den höheren Zugewinn gemacht hat.

Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes ist es aber für die Erbteilserhöhung unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben [3]. Hier zeigt sich, daß das Gesetz mit der erbrechtlichen Lösung

---

8) Vgl. dazu auch Maßfeller, Betrieb 1957, S. 626; Erman-Finke, Gleichber.G., § 1371, Anm. 3 d; Erman-Bartholomeyczik, Gleichber.G., § 1931, Anm. 5 b.

1) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409, S. 16.

2) Ob gerade das der vielzitierte "Normalfall" ist, erscheint äußerst fraglich.

3) Vgl. § 1371 I HS 2.

den Grundgedanken der Zugewinngemeinschaft, daß beide Ehegatten an dem von ihnen während der Ehe durch gemeinsame Anstrengungen erarbeiteten und ersparten Vermögen in gleicher Weise beteiligt werden sollen, aufgegeben hat. Ja, durch die erbrechtliche Lösung wird, wenn der überlebende Ehegatte den größeren Zugewinn gemacht hat, der Gedanke der Zugewinngemeinschaft geradezu in sein Gegenteil verkehrt: Der Ehegatte, der eigentlich von seinem Zugewinnüberschuß die Hälfte an den anderen Ehegatten abtreten müßte, darf nicht nur seinen ganzen Zugewinn behalten, er bekommt auch noch das zusätzliche Viertel des § 1371 I, durch das der Zugewinnausgleich "verwirklicht" werden soll [4].

Aber nicht nur in dem zweiten Halbsatz des § 1371 I zeigt sich, daß der Zweck der Erbteilserhöhung nicht in der "Verwirklichung" des Zugewinnausgleichs besteht. Die grundsätzlichen Unterschiede, die zwischen der erbrechtlichen und güterrechtlichen Lösung bestehen, wurden oben bereits eingehend dargestellt. Diese Unterschiede sind größtenteils nicht nur äußerlicher, juristisch technischer Art, in ihnen spiegelt sich vielmehr der verschiedene Zweck der erbrechtlichen und güterrechtlichen Lösung wieder. Mit besonderer Deutlichkeit zeigt sich dies in der grundlegenden Verschiedenheit der Vermögensmassen, an denen der überlebende Ehegatte bei der erbrechtlichen und der güterrechtlichen Lösung beteiligt wird. Während beim güterrechtlichen Zugewinnausgleich wenigstens in grober Weise versucht wird, die Beteiligung des ausgleichsberechtigten Ehegatten auf das während der Ehe von den Ehegatten gemeinsam erarbeitete und ersparte Vermögen zu beschränken, erfaßt der erhöhte gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten sowohl das voreheliche als auch das während der Ehe erworbene Vermögen des Verstorbenen, und zwar ohne Rücksicht auf seine Herkunft. Das widerspricht eindeutig dem Grundprinzip der

---

4) Bärmann (AcP Bd. 157, S. 171 ff.; JZ 1958, S. 227) will in solchen Fällen den Erben des erstverstorbenen Ehegatten den Ausgleichsanspruch zubilligen, der dem Erblasser zugestanden hätte, wenn die Ehe auf andere Weise als durch seinen Tod aufgelöst worden wäre. Er geht dabei davon aus, daß schon zu Lebzeiten beider Ehegatten eine Anwartschaft auf die Ausgleichsforderung entstehe, die mit dem Tode des potentiell Ausgleichsberechtigten zum Vollrecht erstarke und zum Nachlaß gehöre. Er erwägt dann weiter noch, ob der überlebende Ehegatte als Erbe an der Ausgleichsforderung mitbeteiligt sei, oder ob er durch die Erhöhung seines gesetzlichen Erbteils für einen Zugewinnausgleich völlig abgegolten sei, die Anwartschaft also nur den sonstigen Erben zufalle, ohne die Frage jedoch zu entscheiden. Die Ansicht Bärmanns ist aber nicht mit dem Gesetz vereinbar. Die Ausgleichsforderung und die erbrechtliche Lösung schließen sich gegenseitig

Zugewinngemeinschaft, das doch in der gleichmäßigen Beteiligung beider Ehegatten am während der Ehe gemachten Zugewinn besteht. Das Gleiche gilt für den Ausschluß der erbrechtlichen "Verwirklichung" des Zugewinnausgleichs in den Fällen des § 1933 und der Erbunwürdigkeit [5]. Vom Grundprinzip der Zugewinngemeinschaft her ist es auch nicht gerechtfertigt, daß der überlebende Ehegatte im Wege des erbrechtlichen Zugewinnausgleichs noch etwas erhält, wenn er den ihm gebührenden Anteil am ehelichen Zugewinn bereits durch Zuwendungen unter Lebenden erhalten hat, oder wenn er längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus der Ehe ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat.

Auch aus der Tatsache, daß die Erbteilserhöhung nach § 1371 I nur beim Güterstand der Zugewinngemeinschaft eintritt, läßt sich nicht folgern, daß diese Vorschrift güterrechtlichen Zwecken diene [6]. Dieser Umstand könnte allenfalls ein Indiz dafür sein, daß diese Vorschrift eine güterrechtliche Funktion erfüllt, muß es aber keineswegs sein. Bereits bei der generellen Abgrenzung des ehelichen Güterrechts vom Erbrecht wurde an Hand der Beispiele aus dem preußischen ALR und dem Recht der amerikanischen community-property-Staaten gezeigt, daß es erbrechtliche Normen gibt, die voraussetzen, daß der Erblasser in einem bestimmten Güterstand gelebt hat, und daß die Berücksichtigung der güterrechtlichen Verhältnisse bei der Bemessung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten nicht die Ausnahme, sondern die Regel darstellt [7]. Das Letztere gilt in ganz besonderem Maße für die Relation zwischen dem gesetzlichen Güterrecht und dem gesetzlichen Erbrecht des überlebenden Ehegatten. Vergegenwärtigt man sich dies, nimmt es eigentlich nicht wunder, daß mit der Neugestaltung des gesetzlichen Güterstandes durch das Gleichberechtigungsgesetz auch eine Neugestaltung des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten verbunden wurde.

Die Beschränkung der Erbteilserhöhung auf die im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebenden Ehegatten verliert auch dann nicht ihren Sinn, wenn man den Zweck der Erbteilserhöhung nicht in der Verwirklichung des Zugewinnausgleichs erblickt. Sie findet ihre Rechtfertigung in dem

---

aus und außerdem entsteht die Ausgleichsforderung erst mit der Auflösung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft (§ 1378 III), welche der erstversterbende Ehegatte nicht mehr erlebt.

5) Vgl. oben S. 79 f.

6) A.A. insbes. Ferid, Fam.RZ 1957, S. 73; Thiele, Fam.RZ 1958, S. 397; Derselbe, Die Zugewinngemeinschaft, S. 52 - 57.

7) Vgl. oben S. 14 ff.

Bestreben des Gesetzgebers, im Falle der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten die Berechnung des Zugewinns möglichst zu vermeiden. Das Gesetz stellt dem überlebenden Ehegatten deshalb zwei verschiedene, sich gegenseitig ausschließende Möglichkeiten der Beteiligung am Vermögen des verstorbenen Ehegatten zur Wahl: Den erhöhten gesetzlichen Erbteil [8] oder die Ausgleichsforderung mit dem kleinen Pflichtteil. Die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils soll einen Anreiz für den überlebenden Ehegatten bilden, auf die Geltendmachung der Ausgleichsforderung zu verzichten. Da eine Zugewinnausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten aber immer nur dann in Betracht kommt, wenn die Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt haben, war eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten auch in dem Fall, daß die Ehegatten nicht im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebten, nicht erforderlich. Im Gegenteil, eine solche allgemeine Erbteilserhöhung zugunsten des überlebenden Ehegatten auf Kosten der Verwandten des Erblassers, insbesondere seiner Abkömmlinge, wäre durch die Gründe, welche für die Einführung der erbrechtlichen Lösung bestimmend waren, nicht gerechtfertigt gewesen [9].

Von einer ungerechtfertigten, erbrechtlichen Schlechterstellung der nicht im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten kann man aus dem Grund kaum sprechen, weil die erbrechtliche Besserstellung der im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebenden Ehegatten durch den Wegfall der güterrechtlichen Ausgleichsforderung kompensiert wird [10].

Im übrigen wird man wohl annehmen können, daß Ehegatten, die von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch einen Ehe-

---

8) Darin ist, wie oben S. 29 ff. dargetan, die Möglichkeit enthalten, den sog. großen Pflichtteil zu verlangen.

9) Die Meinungen dazu, ob eine allgemeine erbrechtliche Besserstellung des überlebenden Ehegatten wünschenswert gewesen wäre, sind geteilt. Scharfe Kritik an der Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten übt insbesondere Ferid, Fam.RZ 1957, S. 70 ff.

10) Das gilt freilich nur in abstracto. Im konkreten Einzelfall kann bald der erhöhte Erbteil, bald die Ausgleichsforderung mit dem kleinen Pflichtteil für den überlebenden Ehegatten günstiger sein. Wertmäßig entsprechen sich, sofern keine Besonderheiten vorliegen, der erhöhte Erbteil und die Ausgleichsforderung mit dem kleinen Pflichtteil beim Vorhandensein von Kindern, wenn der Nachlaß zu 6/7 aus ausgleichspflichtigem Zugewinn besteht. (Vgl. Maßfeller, Betrieb 1958, S. 563).

vertrag abweichend vom gesetzlichen Güterstand zu regeln, auch von der Möglichkeit Gebrauch machen, die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten durch eine Verfügung von Todes wegen ihren individuellen Bedürfnissen entsprechend zu gestalten. Vor beeinträchtigenden, einseitigen letztwilligen Verfügungen des anderen Teils können sich die Ehegatten durch den Abschluß eines Erbvertrags in Verbindung mit dem Ehevertrag hinreichend schützen.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß der Zweck der Erbteilserhöhung nach § 1371 I trotz des gegenteiligen Wortlauts und der mit diesem übereinstimmenden Entstehungsgeschichte nicht in der Verwirklichung des Zugewinnausgleichs besteht. Diese Feststellung widerspricht zwar offensichtlich der Auffassung des historischen Gesetzgebers, doch kann der letzteren in Anbetracht der vom Gesetzgeber tatsächlich getroffenen Regelung kein Gewicht beigemessen werden. Nicht was der Gesetzgeber zu bestimmen glaubt, ist entscheidend, sondern das, was der Gesetzgeber tatsächlich bestimmt hat. Maßgebend ist nicht der subjektive Wille des Gesetzgebers, sondern sein objektivierter Wille [11].

Mit dieser Feststellung erhebt sich die Frage, worin dann der Zweck des § 1371 I zu suchen ist. Die Antwort auf diese Frage lautet: Zweck des § 1371 I ist es letztlich, die wirtschaftliche Stellung des überlebenden Ehegatten, der mit seinem verstorbenen Gatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, zu verbessern. Für die Verwirklichung dieses Zweckes boten sich dem Gesetzgeber zwei verschiedene Möglichkeiten an: Eine entsprechende Gestaltung des ehelichen Güterrechts oder eine Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten. In dem Streit um Zugewinnausgleichsforderung oder Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten entschied sich der Gesetzgeber für die erbrechtliche Lösung. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war der Wunsch, im Falle der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten die komplizierte Berechnung des Zugewinnausgleichs im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu vermeiden. Außerdem hielt man eine dingliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß für erstrebenswerter als eine bloß obligatorische, zum einen, um den überlebenden Ehegatten vor einer eventuellen Geldentwertung zu schützen, zum anderen aber auch, um das Interesse des überlebenden Ehegatten an einer ordnungsmäßigen und wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung des Nachlasses zu heben und damit die Erben vor einer Verschleuderung und Zerstörung wirtschaftlicher Werte zu schützen, wie sie leicht eintreten könnte, wenn der überlebende Ehegatte alsbald nach dem Erbfall seine auf Geld

---

11) Vgl. oben S. 42 ff.

gerichtete Ausgleichsforderung geltend machen würde [12].

Die einzige Verbindung des § 1371 I mit dem ehelichen Güterrecht besteht - soweit es um den Zweck dieser Vorschrift geht - somit darin, die schwierige Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung nach Möglichkeit überflüssig zu machen. Dieser Zweck ist aber kein spezifisch güterrechtlicher, sondern ein allgemein juristischer. Er dient der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit, welches grundlegende Ziele jeder Rechtsordnung überhaupt sind, und die auf allen Gebieten des Rechts gelten, im ehelichen Güterrecht wie im Erbrecht. Auch die Sicherung des überlebenden Ehegatten vor einer Geldentwertung ist ein Zweck, der keine Rückschlüsse auf die güterrechtliche oder erbrechtliche Natur des § 1371 I zuläßt. Dieses Interesse besteht in gleicher Weise, wenn es sich bei § 1371 I um die güterrechtlich zu qualifizierende Abwicklung der Zugewinngemeinschaft,wie wenn es sich um eine echte erbrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß des Verstorbenen handelt. Dagegen weist der Zweck, durch die dingliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß dessen Interesse an einer ordnungsmäßigen und wirtschaftlich sinnvollen Verwaltung des Nachlasses zu heben, einen klaren Bezug zum Erbrecht auf, dient er doch dem Schutz der Erben vor einer Zerstörung und Verschleuderung von Nachlaßwerten.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 1371 I ergibt sich für die Frage, wie diese Vorschrift zu qualifizieren ist, unmittelbar gar nichts. Diese Frage ist bei den Beratungen des Gleichberechtigungsgesetzes offenbar nicht gesehen worden. Aus der Bemerkung, die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils sei nichts anderes als "eine besondere Art des Zugewinnausgleichs im Rahmen der Zugewinngemeinschaft" in dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses [13] muß man aber wohl schließen, daß zumindest der Rechtsausschuß in § 1371 I eine güterrechtliche Vorschrift gesehen hat. Dem entspricht auch die Einordnung des § 1371 I in den Titel über das eheliche Güterrecht und die Formulierung des Gesetzestextes, daß durch die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten der Zugewinnausgleich "verwirklicht" werde. Daß das Letztere indessen ein Irrtum des Gesetzgebers war, ist oben bereits dargelegt worden. Da die ohnehin nicht mit Sicherheit feststellbare güterrechtliche Qualifikation des § 1371 I durch den Gesetzgeber in engem, unmittelbarem Zusammenhang mit dieser falschen Vorstellung über den Inhalt dieser Vorschrift steht, kann ihr auch keine Bedeutung für die Ermittlung der wahren juristischen Natur des § 1371 I beigemessen werden.

---

12) Vgl. Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, zu Drucksache 3409, S. 14 ff.

13) A.a.O.

§ 16 Ergebnis

Faßt man die bisher gewonnenen Teilergebnisse zusammen, kann die Antwort auf die Frage nach der juristischen Natur des § 1371 I nur lauten: Die Vorschrift des § 1371 I ist ihrem materiellen Gehalt nach eine Norm des Erbrechts, mit anderen Worten, sie ist erbrechtlich zu qualifizieren.

Seinen Rechtsvoraussetzungen nach ist § 1371 I zwar teils zum ehelichen Güterrecht, teils zum Erbrecht zu rechnen, seinen Rechtsfolgen nach gehört er jedoch ausschließlich dem Erbrecht an. Auch den von § 1371 I verfolgten Zwecken nach gehört diese Norm zum Erbrecht, soweit diese Zwecke überhaupt einen Rückschluß auf die erb- oder güterrechtliche Natur des § 1371 I zulassen. Die Beziehungen des § 1371 I zum ehelichen Güterrecht erschöpfen sich darin, daß diese Vorschrift im BGB im Titel über das eheliche Güterrecht steht, daß die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten auf die im Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebenden Ehegatten beschränkt ist, daß diese Vorschrift die Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung im Normalfall überflüssig machen soll, daß nach dem Gesetzeswortlaut durch die Erbteilserhöhung der Zugewinnausgleich verwirklicht werden soll und der Gesetzgeber höchstwahrscheinlich der Ansicht war, daß es sich bei § 1371 I um eine güterrechtliche Vorschrift handle.

Die ersten beiden Umstände sind äußerlicher, formaler Natur, denen lediglich die Rolle jederzeit widerlegbarer Indizien zukommt, der dritte ist ein Zweck, der mit dem ehelichen Güterrecht nichts zu tun hat, der vierte ein Irrtum des Gesetzgebers und der letzte eine Folge dieses Irrtums. Gegenüber dem wirklichen, materiellen Inhalt des § 1371 I, der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten, kann diesen Umständen bei der Frage nach der juristischen Natur dieser Vorschrift keine ins Gewicht fallende Bedeutung zugemessen werden. Von einem untrennbaren, inneren Zusammenhang des § 1371 I mit dem Güterstand der Zugewinngemeinschaft kann jedenfalls keine Rede sein, im Gegenteil, die Erbteilserhöhung hat mit dem Grundgedanken der Zugewinngemeinschaft, der gleichmäßigen Beteiligung beider Ehegatten an dem während der Dauer des Güterstandes - also regelmäßig während der Ehe - gemachten Zugewinn, überhaupt nichts zu tun.

V. Kapitel

Die Qualifikation der Vorschriften des § 1371 II und III BGB

§ 17 Streitstand

Während die Qualifikation des § 1371 I den Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten bildet, ist die Frage, wie denn die weiteren, in den Abs. 2 und 3 enthaltenen Vorschriften des § 1371 zu qualifizieren sind, bisher nur vereinzelt und ganz am Rande aufgeworfen worden. Maßfeller [1] erblickt in § 1371 insgesamt eine erbrechtliche Vorschrift, deren Anwendung ausscheide, wenn der verstorbene Ehegatte nach ausländischem Recht beerbt werde. Der Ausgleich des Zugewinns finde dann nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 1373 ff. statt. Auch Bärmann [2] will die Absätze 2 und 3 des § 1371 erbrechtlich qualifizieren. Er meint, die Verbindung des Ausgleichsanspruchs mit dem Pflichtteil spreche für eine Behandlung nach Erbrecht im ganzen, zumal beide Ansprüche an die Stelle des Erbrechtsanspruchs nach § 1371 I träten [3].

Demgegenüber rechnen alle diejenigen Autoren, die § 1371 I güterrechtlich qualifizieren, zumindest die Vorschrift des § 1371 II HS 1 zum ehelichen Güterrecht. Das wird zwar nirgends ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber zwangsläufig aus der güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 I, die gerade damit begründet wird, daß die Erbteilserhöhung an die Stelle der güterrechtlichen Ausgleichsforderung trete. Auch aus den Lösungsvorschlägen verschiedener Autoren für die Fälle des Zusammentreffens des § 1371 mit ausländischem Erbrecht läßt sich schließen, daß sie in § 1371 II HS 1 eine güterrechtliche Vorschrift erblicken. So will z.B. Braga [4] in allen den Fällen, in welchen der verstorbene Ehegatte nach ausländischem Recht beerbt wird, dem überlebenden Ehegatten Zugewinnausgleich nach § 1371 II gewähren. Auch Thiele [5] will in diesen Fällen § 1371 II anwenden, wenn die von ihm im Gegensatz zu Braga

---

1) Betrieb 1958, S. 563 ff. (566).

2) AcP Bd. 157, S. 198.

3) Gegen das letztere Argument läßt sich allerdings einwenden, daß man mit dem gleichen Recht auch umgekehrt aus der Ersetzung der Ausgleichsforderung durch die Erbteilserhöhung auf einen güterrechtlichen Charakter des § 1371 I schließen könnte. Dafür spräche sogar der Wortlaut des § 1371 I, wonach durch die Erbteilserhöhung der Zugewinnausgleich verwirklicht wird.

4) Fam.RZ 1957, S. 341.

5) Fam.RZ 1958, S. 397 f.

prinzipiell für möglich gehaltene Anknüpfung des § 1371 I an das ausländische Erbrecht ausnahmsweise nicht möglich ist.

Einigkeit scheint dagegen darüber zu herrschen, daß über die Frage, ob und in welchem Umfang dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteilsrecht zusteht, nach wie vor das nach Art. 24 und 25 EG BGB zur Anwendung berufene Erbrecht entscheidet. Die Vorschriften des § 1371 II HS 2 und des Abs. 3 werden deshalb allgemein erbrechtlich qualifiziert [6].

§ 18 Die Qualifikation des § 1371 II HS 1 BGB

§ 1371 II HS 1 bestimmt, daß der überlebende Ehegatte Ausgleich des Zugewinns nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 [1] verlangen kann, wenn er nicht Erbe wird und ihm auch kein Vermächtnis zusteht. Wenn auch diese Einschränkung mit Rücksicht auf die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten in § 1371 I und den regelmäßigen Willen des Erblassers erfolgt ist, muß die Vorschrift des § 1371 II HS 1 doch güterrechtlich qualifiziert werden. Denn ebensowenig wie die Berücksichtigung des ehelichen Güterrechts bei der Ausgestaltung des Ehegattenerbrechts die Vorschriften über das letztere zu Normen des Ehegüterrechts macht, bewirkt die Rücksichtnahme auf das Ehegattenerbrecht bei der Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, daß die hierzu erlassenen Bestimmungen erbrechtlich statt güterrechtlich zu qualifizieren sind. Der juristische Charakter des § 1371 II HS 1 wird nicht durch die negative Rechtsvoraussetzung bestimmt, daß der überlebende Ehegatte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer sein darf, sondern durch seine Rechtsfolge. Der wesentliche Inhalt des § 1371 II HS 1 besteht darin, daß er dem überlebenden Ehegatten, wenn auch unter der genannten Einschränkung, das

---

6) Vgl. Müller-Freienfels, JZ 1957, S. 690, Anm. 33; Thiele, Fam.RZ 1958, S. 398; Palandt-Lauterbach, Art. 15 EG BGB, Anm. 4; Maßfeller, Betrieb 1958, S. 566.

1) § 1371 II HS 1 verweist nur auf die §§ 1373 bis 1383, 1390, nicht aber auf die §§ 1384 bis 1389, welche die Fälle der Scheidung usw. und des vorzeitigen Zugewinnausgleichs betreffen. Diese Vorschriften setzen im Gegensatz zu den §§ 1373 bis 1383, 1390 notwendig voraus, daß beide Ehegatten noch leben, während § 1371 gerade den Tod eines Ehegatten voraussetzt. Für die Frage der Qualifikation des § 1371 II HS 1 ist diese Einschränkung der Verweisung auf die allgemeinen Vorschriften über den Zugewinnausgleich ohne Bedeutung.

Recht einräumt, Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 zu verlangen. Im Gegensatz zu § 1371 I hat der § 1371 II HS 1 somit wirklich den Ausgleich des Zugewinns im Falle der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten zum Gegenstand. Der Ausgleich des während der Ehe von den Ehegatten gemachten Zugewinns aber ist das Kernstück des neuen gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft und deshalb ist § 1371 II HS 1 güterrechtlich zu qualifizieren.

§ 19 Die Qualifikation des § 1371 II HS 2 BGB

§ 1371 II HS 2 bestimmt, daß sich der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten, der Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangt, nach seinem nicht erhöhten Erbteil bemißt, und daß in diesem Fall auch bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten und die damit verbundene Verringerung der gesetzlichen Erbteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten außer Betracht bleiben. Mit seiner Rechtsvoraussetzung knüpft § 1371 II HS 2 somit zwar an einen güterrechtlichen Tatbestand an, doch gehört die Rechtsfolge dieser Vorschrift ausschließlich dem Pflichtteilsrecht an. Das Pflichtteilsrecht gehört nach dem deutschen IPR jedoch unstreitig zu den Vorschriften über die Beerbung [1]. Daran hat auch das Gleichberechtigungsgesetz mit dem neuen § 1371 nichts geändert. Sowenig aber die Tatsache, daß die Erbteilserhöhung nach § 1371 I nur eintritt, wenn die Ehegatten beim Tod des erstverstorbenen Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt haben, aus § 1371 I eine güterrechtliche Norm macht, führt der Umstand allein, daß § 1371 II HS 2 voraussetzt, daß der überlebende Ehegatte die Zugewinnausgleichsforderung geltend macht, zu einer güterrechtlichen Qualifikation dieser Vorschrift.

Das wäre allenfalls dann der Fall, wenn § 1371 II HS 1 spezifisch güterrechtlichen Zwecken dienen würde. Das trifft jedoch nicht zu. Der Zweck des § 1371 II HS 2 besteht darin, zu verhindern, daß der überlebende Ehegatte neben der Zugewinnausgleichsforderung auch noch in den Genuß des erhöhten Pflichtteils kommt. Die Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden

---

1) Vgl. Soergel-Kegel, Vor Art. 24 EG BGB, Anm. 24; Staudinger-Ferid, Vor § 2303, Anm. 196; M. Wolff, IPR, S. 228; Palandt-Lauterbach, Art. 24 EG BGB, Anm. 3; BGHZ Bd. 9, S. 151 ff. (154).

Ehegatten durch § 1371 I hätte nach den allgemeinen Pflichtteilsvorschriften (§§ 2303 ff.) auch dann eine Erhöhung des Pflichtteils des überlebenden Ehegatten zur Folge, wenn dieser nach § 1371 II HS 1 Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangt. Die Erbteilserhöhung und die Zugewinnausgleichsforderung schließen sich aber gegenseitig aus, und was für die Erbteilserhöhung gilt, muß auch für die Erhöhung des Pflichtteils gelten, denn die letztere ist ja lediglich eine Folge des erhöhten gesetzlichen Erbteils. Wird aber der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten ausnahmsweise nicht nach seinem erhöhten gesetzlichen Erbteil berechnet, besteht auch kein Grund, bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten von den infolge der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten entsprechend gekürzten gesetzlichen Erbteilen derselben auszugehen. § 1371 II HS 2 hat also lediglich die Aufgabe, das Pflichtteilsrecht der neuen Situation anzupassen, die entsteht, wenn der überlebende Ehegatte güterrechtlichen Zugewinnausgleich verlangt. Er regelt die Pflichtteilsansprüche des überlebenden Ehegatten und der übrigen Pflichtteilsberechtigten, nicht den Zugewinnausgleich und gehört deshalb seinem materiellen Inhalt nach zum Erbrecht, nicht zum Güterrecht.

§ 20 Die Qualifikation des § 1371 III BGB

§ 1371 III behandelt die Wirkungen, welche die Erbausschlagung auf den Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten hat. Die Erbausschlagung hat nach § 1953 zur Folge, daß der Anfall der Erbschaft an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Die Ausschlagung beseitigt für den Ausschlagenden rückwirkend die Wirkungen des Erbfalls. Damit entfällt nicht nur sein gesetzliches Erbrecht, sondern grundsätzlich auch sein Anspruch auf den Pflichtteil, der ja nichts anderes ist als ein Ausfluß des gesetzlichen Erbrechts. Ausnahmen hiervon gelten nach dem allgemeinen Pflichtteilsrecht nur in zwei Fällen. Hat der Erblasser einem pflichtteilsberechtigten Erben einen Erbteil hinterlassen, der geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte nach § 2305 von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Teils verlangen. Diesen sog. Pflichtteilsrestanspruch, und nur diesen, nicht etwa den vollen Pflichtteil, kann der Pflichtteilsberechtigte auch dann geltend machen, wenn er den ihm hinterlassenen Erbteil ausgeschlagen hat [1]. Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die

---

1) Vgl. RGZ Bd. 93, S. 9; BGH, NJW 1958, S. 1964.

Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er nach § 2306 S. 2 den Erbteil ausschlagen und dennoch den Pflichtteil verlangen, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils übersteigt.

Nach § 1371 III HS 1 kann nun der überlebende Ehegatte, der die Erbschaft ausschlägt, neben dem Ausgleich des Zugewinns den (kleinen) [2] Pflichtteil auch dann verlangen, wenn dieser ihm nach den eben geschilderten erbrechtlichen Bestimmungen nicht zustünde [3]. Mit der Regelung des § 1371 III HS 1 trägt das Gesetz der Zwangslage Rechnung, in die es den überlebenden Ehegatten durch die Bestimmung des § 1371 II HS 1 gebracht hat. Nach dieser Vorschrift kann der überlebende Ehegatte Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 nur verlangen, wenn er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird. Will der überlebende Ehegatte also Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen, woran er unter Umständen ein sehr berechtigtes Interesse haben kann [4], ist er geradezu gezwungen, einen ihm hinterlassenen Erbteil auszuschlagen. An eine solche erzwungene Erbausschlagung die regelmäßige Folge des Pflichtteilsverlustes zu knüpfen, erschien dem Gesetzgeber mit Recht als sachlich nicht gerechtfertigt. Der Grundsatz, daß derjenige, der eine ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, auch nicht den Pflichtteil verlangen kann, war schon vor dem Gleichberechtigungsgesetz nur lückenhaft durchgeführt. Er beruht letztlich auf dem Gedanken des Verbots des venire contra factum proprium und muß deshalb überall dort weichen, wo sich der Pflichtteilsberechtigte durch das Fordern seines Pflichtteils nur scheinbar mit der vorausgegangenen Erbausschlagung in Widerspruch setzt. Das aber ist in den Fällen des § 1371 III HS 1 ohne Zweifel der Fall, denn hier schlägt der überlebende Ehegatte in aller Regel die ihm anfallende Erbschaft nur aus, weil er es tun muß, um die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen zu können.

---

2) Vgl. oben S. 63 ff.

3) Eine entsprechende Vorschrift für den Fall, daß der überlebende Ehegatte ein ihm zugedachtes Vermächtnis ausschlägt, war nicht nötig, da der mit einem Vermächtnis bedachte Pflichtteilsberechtigte schon nach den allgemeinen Pflichtteilsregeln den Pflichtteil auch dann verlangen kann, wenn er das Vermächtnis ausschlägt (vgl. § 2307 I 1).

4) Z.B. wenn der Erblasser, dessen Vermögen fast nur aus Zugewinn besteht, seinen Ehegatten nur mit einer geringen Erbquote bedacht hat.

§ 1371 III HS 1 verfolgt also den Zweck, das Pflichtteilsrecht auf die güterrechtliche Vorschritt des § 1371 II HS 1 abzustimmen. Trotzdem ist § 1371 III HS 1 erbrechtlich zu qualifizieren. Es ist schon mehrfach darauf hingewiesen worden, daß die Berücksichtigung des Ehegüterrechts bei der Regelung des Ehegattenerbrechts und umgekehrt die Berücksichtigung des Ehegattenerbrechts bei der Gestaltung des ehelichen Güterrechts in der Regel keinen Einfluß auf die juristische Natur der betreffenden Normen hat. Eine Norm, die das gesetzliche Erbrecht der Ehegatten untereinander regelt, bleibt eine erbrechtliche Norm, auch wenn bei dieser Regelung die sich aus dem Güterstand ergebenden Rechte des überlebenden Ehegatten berücksichtigt werden, und eine Norm, welche die aus dem Güterstand fließenden Rechte des überlebenden Ehegatten regelt, bleibt eine güterrechtliche Norm, auch wenn bei der Ausgestaltung dieser Rechte das Ehegattenerbrecht mitberücksichtigt wird. Das gilt auch hier. § 1371 III HS 1 befaßt sich ausschließlich mit dem Pflichtteil des überlebenden Ehegatten, und zwar mit den Auswirkungen, welche die Erbausschlagung auf diesen Pflichtteil hat. Das ist aber eine rein erbrechtliche Frage und § 1371 III HS 1 deshalb erbrechtlich zu qualifizieren. Die Abstimmung auf § 1371 II HS 1 vermag daran nichts zu ändern.

Die Vorschrift des § 1371 III HS 1 gilt nach HS 2 nicht, wenn der überlebende Ehegatte durch Vertrag mit seinem Ehegatten auf sein gesetzliches Erbrecht oder sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat. Der gesetzgeberische Grund für diese Regelung liegt darin, daß ein derartiger Verzicht in der Regel nur gegen eine angemessene Abfindung abgegeben wird, der überlebende Ehegatte den ihm gebührenden Anteil am Vermögen des Verstorbenen also bereits erhalten hat [5]. Ihn vor den Folgen einer Erbausschlagung zu schützen, besteht kein Anlaß. Was die Frage der Qualifikation angeht, kann für den HS 2 nichts anderes gelten als für den HS 1: Er ist erbrechtlich zu qualifizieren, beschränkt er doch lediglich in den Fällen des Erb- und Pflichtteilverzichts den Anwendungsbereich der pflichtteilsrechtlichen Sondervorschrift des HS 1 zugunsten der allgemeinen Pflichtteilsvorschriften.

---

5) Vgl. Staudinger-Ferid, § 2303, Anm. 42 n.

ZWEITER TEIL

Die Anwendung des § 1371 II HS 1 BGB neben ausländischem Erbrecht

VI. Kapitel

Streitstand

§ 21

Die Qualifikation der in § 1371 I - III enthaltenen Vorschriften hat ergeben, daß nur die Bestimmung des Abs. 2 HS 1 güterrechtlich zu qualifizieren ist, während alle übrigen Vorschriften des § 1371 I - III dem Erbrecht zuzurechnen sind. Das bedeutet, daß in den Fällen, in denen nach dem Willen des deutschen IPR (Art. 15 und 25 EG BGB) neben dem deutschen ehelichen Güterrecht ausländisches Erbrecht anzuwenden ist, von den Vorschriften des § 1371 lediglich der Abs. 2 HS 1 anwendbar ist. Der Erbteil und der Pflichtteilsanspruch des überlebenden Ehegatten bestimmen sich allein nach dem Heimatrecht des verstorbenen Ehegatten zur Zeit seines Todes. Der überlebende Ehegatte kann weder das Zugewinnausgleichsviertel nach § 1371 I verlangen noch irgendwelche Pflichtteilsansprüche aus § 1371 herleiten.

Wie steht es aber mit dem Zugewinnausgleich? Nach dem Wortlaut des allein zur Anwendung berufenen § 1371 II HS 1 kann der überlebende Ehegatte bei der Auflösung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod des anderen Ehegatten Zugewinnausgleich nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 nur verlangen, wenn er weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird. Bedeutet dies, daß der überlebende Ehegatte, der nach dem für die Beerbung seines verstorbenen Ehegatten maßgebenden ausländischen Erbrecht zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufen ist, keinen Zugewinnausgleich verlangen kann, oder gilt hier mit Rücksicht darauf, daß der überlebende Ehegatte nicht nach deutschem, sondern nach ausländischem Recht Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden ist und die erbrechtlichen Bestimmungen des § 1371 nicht angewandt werden könne, etwas anderes?

In der Literatur wird mehrfach die Auffassung vertreten, der überlebende Ehegatte könne neben dem, was er nach ausländischem Erbrecht erhalte, stets auch noch Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen. Die Begründung für dieses Ergebnis, zu dem im übrigen nicht nur Autoren gelangen, die den § 1371 I erbrechtlich qualifizieren [1], sondern auch solche,

1) Z.B. Raape, IPR, S. 336 ff.

die in § 1371 I eine güterrechtliche Vorschrift erblicken [2], ist nicht immer einheitlich.

Braga [3] vertritt die Ansicht, Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 I und II sei nur derjenige, der nach deutschem Recht Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden sei, da § 1371 zu eng an das deutsche Erbrecht angelehnt sei, als daß ein Ersatzanschluß an das ausländische Erbrecht möglich wäre. Das gelte sowohl für die gesetzliche wie die gewillkürte Erbfolge. § 1371 I enthalte latent auch die übrigen Vorschriften des deutschen Erbrechts, insbesondere die §§ 1931, 1933, 2335, 2339 ff., 2346 ff. Die gewillkürte Erbfolge beruhe zwar auf einer letztwilligen Verfügung, die als Rechtsgeschäft keinen ausgesprochen nationalen Charakter trage, doch setzten die Bestimmungen des § 1371 II und III das deutsche Pflichtteilsrecht, insbesondere die §§ 2303 - 2307 voraus. Schlage der überlebende Ehegatte die Erbschaft oder das Vermächtnis aus, kämen neben der Ausgleichsforderung nach deutschem Recht immer noch die Pflichtteilsansprüche in Betracht, nicht aber nach ausländischem Recht. Schlage er nicht aus, könne er stets den großen Pflichtteil (als Restanspruch) geltend machen, falls er zu gering bedacht worden sei.

Raape [4] meint, es könne keine Rede davon sein, daß der überlebende Ehegatte, der nach ausländischem Recht zum gesetzlichen Erben berufen sei, den Zugewinnausgleich gemäß § 1371 II nur verlangen könne, wenn er den Erbteil ausschlage und sich mit dem Pflichtteil begnüge. § 1371 II setze einen erhöhten gesetzlichen Erbteil voraus und daran fehle es hier [5].

Lauterbach [6] schließlich ist der Auffassung, daß zwar die Erbrechtserhöhung des § 1371 I entfallen müsse, wenn das Heimatrecht des Erblassers den überlebenden Ehegatten ohnehin besser stelle als das deutsche Recht, weil der deutsche Gesetzgeber diese Verbesserung im Hinblick auf das sonst zu ungünstige Erbrecht, also doch auch unter erbrechtlichen Gesichtspunkten gewähre. Die Ausgleichsforderung soll der überlebende Ehegatte dagegen stets neben dem nach ausländischem Recht Ererbten erhalten können.

---

2) Z.B. Palandt-Lauterbach, Art. 15 EG BGB, Anm. 4; Braga, Fam.RZ 1957, S. 334 ff. (341).

3) Fam.RZ 1957, S. 334 ff. (341); ähnlich Maßfeller - Reinicke, Gleichber.G., Einleitung, S. XV.

4) IPR, S. 336 ff.

5) Den Fall gewillkürter Erbfolge behandelt Raape nicht. Man wird aus seinem Schweigen indessen schließen müssen, daß hier nichts anderes gelten soll als im Falle der gesetzlichen Erbfolge.

6) Palandt-Lauterbach, Art. 15 EG BGB, Anm. 4.

Andere Autoren wollen dagegen dem überlebenden Ehegatten neben dem kraft ausländischen Erbrechts Erworbenen die Ausgleichsforderung nicht in jedem Fall gewähren [7]. Das hängt nach Müller-Freienfels [8] von der Angleichung ab. Bekomme der überlebende Ehegatte etwa schon nach fremdem Erbrecht 3/4 des Nachlasses, entfalle ein deutscher "Ausgleich". Auch wolle § 1371 II und III nicht dem überlebenden Ehegatten kollisionsrechtlich einen Pflichtteil sichern. Darüber entscheide nach wie vor Art. 25 EG BGB.

Thiele [9] hält im Gegensatz zu Braga eine Ersatzanknüpfung des § 1371 I an das ausländische Erbrecht grundsätzlich für möglich [10]. Er weist aber darauf hin, daß die Übernahme des Zusatzviertels in das ausländische Erbrecht überall dort auf Schwierigkeiten stoße, wo das ausländische Erbrecht das Prinzip der Vermögensteilhabe unter Ehegatten ausdrücklich oder stillschweigend, ganz oder teilweise miterledige. Sei eine Ersatzanknüpfung des § 1371 I an das ausländische Erbrecht ausnahmsweise schon deshalb nicht möglich, weil das ausländische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten keine dem deutschen Recht vergleichbare Erbenstellung einräume wie z.B. das französische oder italienische Recht, die dem überlebenden Ehegatten neben Kindern nur einen Nießbrauch gewähren [11], komme nur § 1371 II in Frage. Die dabei sich ergebende Frage, ob der überlebende Ehegatte neben der Ausgleichsforderung nach deutschem Güterrecht auch das ihm vom ausländischen Erbrecht Gewährte in vollem Umfang erhalten soll, will Thiele von Fall zu Fall im Wege der Angleichung entscheiden. Erfolge nach dem materiellen Güter- und Erbrecht der in Frage stehenden ausländischen Rechtsordnung eine Kumulierung der güter- und erbrechtlichen Beteiligung, dürfe einer solchen auch beim Zusammentreffen des deutschen Güterrechts mit dem ausländischen Erbrecht nichts im Wege stehen. Erhalte der überlebende Ehegatte nach dem ausländischen Güterrecht nichts und sei auch seine erbrechtliche Stellung schwach, werde ebenfalls kumuliert werden können. Gewähre das ausländische Recht dem überlebenden Ehegatten jedoch eine güterrechtliche Beteiligung und räume ihm außerdem eine starke

---

7) Auch unter dieser Gruppe befinden sich sowohl Autoren, die § 1371 I güterrechtlich qualifizieren (vgl. z.B. Müller-Freienfels, JZ 1957, S. 690, Anm. 33; Thiele, Fam.RZ 1958, S. 397 f.) als auch solche, die § 1371 I erbrechtlich qualifizieren (vgl. z.B. Maßfeller, Betrieb 1958, S. 566; Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II, US Grdz. C III, Rdz. 61 b).

8) JZ 1957, S. 690, Anm. 33.

9) Fam.RZ 1958, S. 397 f.

10) Ebenso Schröder, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S. 93.

11) Vgl. Art. 757 c.c., Art. 581 c.c.ital.

erbrechtliche Stellung ein, sei eine Kumulierung nicht ohne weiteres möglich. Es liege nahe, trotz der güterrechtlichen Beteiligung auch in der Regelung des Ehegattenerbrechts eine Berücksichtigung des Gedankens der Vermögensteilhabe unter Ehegatten zu sehen.

Maßfeller [12] und Ferid-Firsching [13] wollen dem überlebenden Ehegatten grundsätzlich neben dem ihm vom ausländischen Erbrecht Gewährten Zugewinnausgleich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 1373 ff.) zugestehen. Im Einzelfall etwa entstehende Unbilligkeiten sind nach Ferid-Firsching im Wege der Angleichung zu beheben. Maßfeller schlägt vor, die Ausgleichsforderung nach § 1381 zu kürzen, falls die Kumulation der ausländischen Erbportion mit der vollen Ausgleichsforderung zu einer groben Unbilligkeit führe. Das sei insbesondere dann der Fall, wenn der Verstorbene den überlebenden Ehegatten letztwillig besonders gut bedacht habe.

Zwei Fragen müssen hier unterschieden werden: Die erste Frage ist die, ob der überlebende Ehegatte, der nach ausländischem Recht Erbe oder Vermächtnisnehmer geworden ist, auch als Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 anzusehen ist. Ist diese Frage zu bejahen, so ist weiter zu klären, ob es damit bei der Regelung des § 1371 II HS 1 bleibt, der überlebende Ehegatte die Zugewinnausgleichsforderung also nur geltend machen kann, wenn er nicht - auch nicht nach ausländischem Recht - Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, oder ob der Umstand, daß neben § 1371 II HS 1 nicht wie sonst die Normen des deutschen Erbrechts, insbesondere die erbrechtlichen Bestimmungen des § 1371, sondern die erbrechtlichen Normen einer ausländischen Rechtsordnung zur Anwendung kommen, eine Anpassung des § 1371 II HS 1 an diese besondere Situation erforderlich macht in der Form, daß der überlebende Ehegatte die Zugewinnausgleichsforderung neben dem nach ausländischem Erbrecht Erworbenen verlangen kann. Muß die erste Frage dagegen verneint werden, so wird zu prüfen sein, ob der überlebende Ehegatte dann in jedem Fall neben dem, was er kraft ausländischen Erbrechts erhält, vollen Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 bekommt, oder ob in diesem Fall gewisse Einschränkungen gemacht werden müssen.

---

12) Betrieb 1958, S. 566.

13) Internationales Privatrecht, Bd. II, US Grdz. C III, Rdz. 61 b.

VII. Kapitel

Das Problem der Substitution

§ 22 Begriff und Abgrenzung

Bei der Frage, ob der überlebende Ehegatte, der nach ausländischem Recht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, auch als Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 anzusehen ist, handelt es sich um ein Problem, das auch in anderen international-privatrechtlichen Fällen immer wieder auftaucht: Kann ein vom Tatbestand einer inländischen Sachnorm vorausgesetztes Rechtsverhältnis oder Rechtsinstitut durch ein entsprechendes Rechtsverhältnis oder Rechtsinstitut einer ausländischen Rechtsordnung ersetzt werden? Lewald [1] hat für dieses Problem die Bezeichnung "Substitution" geprägt [2] und ausgeführt, daß diese Ersetzbarkeit davon abhänge, ob die beiden Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute gleichwertig ("équivalents") seien [3]. Vor ihm hatte schon Wengler dieses Problem in seiner bekannten Abhandlung über die Vorfrage im Kollisionsrecht [4] erörtert, doch darf die Frage der Substitution nicht mit dem Problem der Vorfrage verwechselt werden.

Gegenstand des Vorfragenproblems ist die Frage, nach welchem Recht eine im Tatbestand einer vom IPR des Forums zur Anwendung berufenen Sachnorm enthaltene Rechtsvoraussetzung (Vorfrage), für die das IPR des Forums eine eigene Kollisionsnorm bereithält, zu beurteilen ist: Nach dem vom IPR des Forums für den Fall der selbständigen Entscheidung über jene Voraussetzung für maßgebend erklärten Recht [5] oder nach dem vom IPR des Wirkungsstatuts, d.h. des

---

1) Règles générales des conflits de lois, S. 132 ff.

2) Neuerdings hat Schröder, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S. 77 vorgeschlagen, das Problem der Substitution unter der Bezeichnung "Subsumtionsanpassung" zu behandeln, da es sich bei den hierher gehörenden Fällen um einen Ausschnitt aus dem Problemkreis der Anpassung handle.

3) So auch Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, S. 44 ff.; Schröder, a.a.O., S. 102 ff.; Raape, IPR, S. 106, weist in diesem Zusammenhang auf den von der amerikanischen Jurisprudenz entwickelten Begriff der "similarity" hin, der sich inhaltlich mit der "Äquivalenz" Lewalds deckt.

4) Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 148 - 251, (inbesondere S. 155 ff.).

5) So die herrschende Meinung, vgl. Soergel-Kegel, Vor Art. 7 EG BGB, Anm. 48 mit weiteren Nachweisen. Grundsätzlich auch Raape, IPR, S. 116 ff. unter Anerkennung von Ausnahmen.

Staates, dessen Recht die Hauptfrage beherrscht, zur Anwendung berufenen Recht [6]. Zur Verdeutlichung diene das folgende, bei M. Wolff [7] entlehnte Beispiel: Zwei Deutsche, Oheim und Nichte, fliehen aus dem Dritten Reich nach England und begründen dort 1935 ein Domizil im englischen Sinn. Im Jahr 1936 heiraten sie einander und Anfang 1939 erwerben sie die britische Staatsangehörigkeit. Der Ehemann stirbt 1946 unter Hinterlassung von Mobiliarvermögen in Deutschland. Die Witwe erhebt Erbansprüche auf diesen Nachlaß. Der deutsche Richter, der mit der Nachlaßregulierung befaßt wird, hat nach dem deutschen IPR (Art. 25 EG BGB) englisches Erbrecht anzuwenden. Eine Rückverweisung des englischen Kollisionsrechts tritt nicht ein. Die Erbansprüche, die der Witwe nach dem englischen Erbrecht zustehen, setzen als präjudizielles Rechtsverhältnis eine gültige Ehe voraus. Die Frage nach der Gültigkeit der 1936 zwischen Oheim und Nichte geschlossenen Ehe ist die sog. Vorfrage, und der Streit zwischen den Vorfragentheorien geht darum, ob diese Frage nach dem Kollisionsrecht des Forums, also nach deutschem IPR, oder nach dem Kollisionsrecht des Erbstatuts, also nach englischem IPR, zu entscheiden ist. Ist das deutsche Kollisionsrecht anzuwenden, so gilt, da die Verlobten bei der Eheschließung Deutsche waren, nach Art. 13 I EG BGB deutsches Eherecht. Danach ist die Ehe gültig und die Witwe somit erbberechtigt. Ist dagegen englisches Kollisionsrecht anzuwenden, so gilt, da beide Verlobte bei der Eheschließung in England domiziliert waren, nach englischem Kollisionsrecht das englische Eherecht. Danach ist aber eine Ehe zwischen Oheim und Nichte nichtig, und die "Witwe" kann demzufolge auch keine Erbansprüche geltend machen.

Während es sich also beim Problem der Vorfrage um ein echtes IPR-Problem handelt, nämlich darum, die auf die Vorfrage anzuwendende Rechtsordnung zu ermitteln, handelt es sich bei der Frage der Substitution um ein Problem des allgemeinen Privatrechts [8]. Die anzuwendenden Sachnormen sind

---

6) So Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPR, S. 245 ff.; Wengler, Die Vorfrage im Kollisionsrecht, Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 188 ff., 227 f.; Wolff, IPR, S. 79 ff.

7) A.a.O.

8) Nach Schröder, a.a.O., S. 86, unterscheiden sich Vorfrage und Substitution (von ihm Subsumtionsanpassung genannt) dadurch, daß die Vorfrage es damit zu tun hat, "ob ein in einem inländischen Tatbestandsmerkmal enthaltenes Rechtsverhältnis, welches ausländischem Recht unterliegt, nach diesem ausländischen Recht wirksam ist", während bei der Substitution gefragt wird "ob ein an sich wirksames, fremdes Rechtsverhältnis geeignet erscheint, im konkreten Fall ein inländisches Tatbestandsmerkmal auszufüllen". Das ist jedoch zu eng. Die Vorfrage besteht zwar häufig in der

ermittelt und damit hat sich, wie Raape [9] sagt, das Tor des IPR geschlossen. Die Frage, um die es bei der Substitution geht, ist nichts anderes als ein Interpretations- und Subsumtionsproblem. Es gilt, das von der für die Vorfrage maßgebenden Rechtsordnung beherrschte Rechtsverhältnis oder Rechtsinstitut unter die von der Sachnorm des Wirkungsstatus verwendeten Rechtsbegriffe zu subsumieren.

Methodisch handelt es sich hier, worauf schon Wengler [10] hingewiesen hat, um dasselbe Problem wie bei der Qualifikation. Der Unterschied zwischen dem Substitutions- und Qualifikationsproblem besteht jedoch nicht so sehr - wie Wengler [11] meint - darin, daß die in den Kollisionsnormen verwendeten Systembegriffe eine möglichst große Anzahl von fremden Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten zusammenfassen sollen, während die von den Sachnormen verwendeten, oft gleichlautenden Begriffe davon ausgehen, daß der gesamte Vorgang von der gleichen Rechtsordnung beherrscht wird und deshalb nur "materiell geeignete" ausländische Rechtsinhalte erfassen, sondern in erster Linie darin, daß beim Substitutionsproblem die anzuwendenden Sachnormen bereits gefunden sind, während sie beim Qualifikationsproblem erst ermittelt werden sollen. Das Qualifikationsproblem ist also ebenso wie das Vorfragenproblem ein internationalprivatrechtliches Problem, während das Substitutionsproblem ein allgemein privatrechtliches Problem ist. Mit dem IPR hängt es

---

Frage nach der Gültigkeit eines Rechtsverhältnisses, aber keineswegs immer und nur darin, wie das folgende Beispiel zeigt: In manchen Staaten der USA (z.B. in Texas und Washington) ist die Erbfolge in das bewegliche Vermögen anders geregelt als die Erbfolge in das unbewegliche. So erbt z.B. die Witwe in Texas neben den Eltern oder Geschwistern des Erblassers das ganze bewegliche und die Hälfte des unbeweglichen Vermögens. Hat nun ein deutsches Gericht über die Erbansprüche einer solchen Witwe bezüglich eines in Deutschland gelegenen Grundstücks und des Zubehörs zu befinden, so besteht die Vorfrage darin, welche Vermögensgegenstände zum beweglichen und welche zum unbeweglichen Vermögen gehören. Das hat mit der Gültigkeit eines Rechtsverhältnisses nichts zu tun. Das Vorfragenproblem besteht hier - wie immer - in der Frage, welche Rechtsordnung über die Vorfrage entscheidet. Das ist nach allgemeiner Ansicht im obigen Beispiel die lex rei sitae, also das deutsche Recht.

9) IPR, S. 104.

10) Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 55, S. 196 f.

11) Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 174.

nur insoweit zusammen, als es durch die vom IPR angeordnete Teilanwendung verschiedener nationaler Rechtsordnungen entsteht.

Damit ist das Substitutionsproblem zugleich als ein Sonderfall der Anpassung [12], auch Angleichung [13] oder Adaption [14] genannt, gekennzeichnet [15]. Unter diesen wechselnden Bezeichnungen wird in der IPR-Literatur die Frage behandelt, wie aus mehreren, nicht aufeinander abgestimmten "Rechtsordnungsfragmenten verschiedener staatlicher Provenienz", welche zur Regelung eines einheitlichen Lebenssachverhalts berufen sind, eine "logisch und teleologisch harmonische Einheit" hergestellt werden kann [16]. Innerhalb dieses allgemeinen Fragenkreises bilden die Fälle der Substitution jedoch eine besondere Gruppe, die sich von den übrigen Anpassungsfällen sowohl in der Fragestellung wie in der Lösung klar unterscheiden lassen. Deshalb erscheint es auch gerechtfertigt, sie unter einer besonderen Bezeichnung zusammenzufassen und zu erörtern. Dabei ist die von Lewald gewählte Bezeichnung "Substitution" der von Schröder vorgeschlagenen "Subsumtionsanpassung" vorzuziehen, weil sie deutlicher zum Ausdruck bringt, worum es hier geht: Um die Ersetzung eines vom Tatbestand einer inländischen Sachnorm vorausgesetzten inländischen Rechtsinhalts durch einen entsprechenden Rechtsinhalt einer ausländischen Rechtsordnung.

Die Lösung des Substitutionsproblems ergibt sich aus folgendem: Wie oben bereits festgestellt wurde, handelt es sich bei der Frage der Substitution um ein Interpretations- und Subsumtionsproblem. Das bedarf noch einer weiteren Präzisierung. Es liegt hier ein Sonderfall der Analogie vor. Jede Sachnorm geht normalerweise davon aus, daß der gesamte Rechtsvorgang mit Einschluß der präjudiziellen Rechtsinhalte von der gleichen Rechtsordnung beherrscht wird. Da die Rechtsinhalte keiner Rechtsordnung sich völlig mit denen einer anderen decken - dann wäre ja das IPR überflüssig - handelt es sich bei der Anwendung eines inländischen Rechtssatzes auf einen ganz oder teilweise von einer ausländ-

---

12) Für diese Bezeichnung mit überzeugenden Gründen Schröder, a.a.O., S. 36 f.

13) So z.B. Kegel, IPR, S. 94 ff.

14) So Lewald, Règles générales des conflits de lois, S. 128 - 148. Häufig werden die Ausdrücke abwechselnd verwendet, vgl. etwa Vischer, Die rechtsvergleichenden Tatbestände im IPR, S. 125, Raape, IPR, S. 105.

15) Das klar herausgearbeitet zu haben, ist das Verdienst Schröders. Bei Lewald, a.a.O., S. 128 ff., und Vischer, a.a.O., S. 44 ff., 125 ff. erscheinen Substitution und Anpassung noch als selbständig nebeneinander stehende Probleme.

16) Vgl. Schröder, a.a.O., S. 34.

dischen Rechtsordnung beherrschten Vorgang genau genommen stets um eine Analogie. Der Tatbestand einer Norm wird auf einen Fall erstreckt, den er nach seinem strengen Wortlaut nicht umfaßt.

Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Analogie bestehen keine Bedenken, denn für die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Rechtsnorm bestehen a priori keine territorialen Grenzen [17]. Voraussetzung für jede Analogie ist aber die Gleichartigkeit der Interessenlage. Zu Recht hat deshalb die einhellige Meinung die "Äquivalenz" (Gleichwertigkeit) zum entscheidenden Kriterium für die Substitution erklärt [18]. Diese Äquivalenz zweier verschiedenen Rechtsordnungen angehörenden Rechtsverhältnisse oder Rechtsinstitute ist regelmäßig dann gegeben, wenn sie die gleiche funktionelle Bedeutung besitzen. Unterschiede in der juristisch technischen Ausgestaltung sind für die Gleichwertigkeit in der Regel bedeutungslos [19]. Den Ausgangspunkt bildet dabei das präjudizielle Rechtsverhältnis oder Rechtsinstitut, wie es vom materiellen Recht des Wirkungsstatuts ausgestaltet ist.

Die Anforderungen, die an die Gleichwertigkeit gestellt werden müssen, sind aber nicht in jedem Falle die gleichen. Es kommt nicht auf eine allgemeine Gleichwertigkeit an, die Äquivalenz muß vielmehr ganz konkret für jeden Einzelfall ermittelt werden [20]. Ausmaß und Richtung der erforderlichen Übereinstimmung hängt ganz vom Sinn und Zweck der Norm ab, die den präjudiziellen Begriff verwendet. Kommt es ihr z.B. auf eine ganz bestimmte Rechtsfolge des präjudiziellen Rechtsverhältnisses an, so genügt es für die Gleichwertigkeit des ausländischen Rechtsverhältnisses, daß es gerade in dieser Hinsicht mit dem vorausgesetzen inländischen Rechtsverhältnis übereinstimmt. Unterschiede in anderer Richtung stören dann nicht. Umgekehrt ist die erforderliche Gleichwertigkeit auch bei sonst weitgehender Übereinstimmung der beiden Rechtsverhältnisse nicht gegeben, wenn sie in der entscheidenden Richtung nicht übereinstimmen. Aus diesem Grund kann es auch ohne weiteres

---

17) Vgl. Dölle, Über die Anwendung fremden Rechts, Jahrbuch der Max Planck Gesellschaft 1956, S. 34 - 61 (41).

18) Vgl. Lewald, a.a.O., S. 139; Vischer, a.a.O., S. 44 ff.; Schröder, a.a.O., S. 102 ff. Ähnlich Wengler, Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 162 u. 175, der davon spricht, der ausländische Rechtsinhalt müsse "materiell geeignet" bzw. "prädestiniert" sein, oder Raape, IPR, S. 106, der in diesem Zusammenhang den von der amerikanischen Jurisprudenz entwickelten Begriff der "similarity" gebraucht.

19) Vgl. Kahn, Abhandlungen zum IPR Bd. I, S. 99; Vischer, a.a.O., S.8 f.

20) Vgl. Schröder, a.a.O., S. 103.

vorkommen, daß ein und dasselbe ausländische Rechtsverhältnis für die eine inländische Norm als präjudizielles Rechtsverhältnis geeignet ist, für die andere dagegen nicht.

So erkennt die englische Gerichtspraxis z.B. die polygame Ehe als geeignetes präjudizielles Rechtsverhältnis für das englische Erbrecht an [21], während für das englische Ehescheidungsrecht die polygame Ehe als präjudizielles Rechtsverhältnis nicht in Betracht kommt, weil das englische Recht in dieser Hinsicht eindeutig eine monogame Ehe voraussetzt [22] [23]. Eine anderes Beispiel ist der vielerörterte Fall [24], daß eine Engländerin ein Kind adoptiert und später durch Heirat die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt hat. Bei ihrem Tod macht das Adoptivkind ein Erbrecht geltend. Erbstatut ist deutsches Recht (Art. 24 EG BGB), Adoptionsstatut das englische Recht (Art. 22 EG BGB). Nach deutschem Recht erbt das Adoptivkind, nach englischem nicht [25]. Auf den ersten Blick scheint § 1757 BGB i.V.m. § 1924 BGB anwendbar. Doch soll die Adoptivmutter, die bei der Adoption mit der Beschwerung durch ein Erb- und Pflichtteilsrecht des Adoptivkindes gar nicht gerechnet hat noch zu rechnen brauchte, infolge des Staatswechsels den § 1757 BGB gegen sich gelten lassen müssen? Ist die Adoption nach englischem Recht ein für die Bedürfnisse des deutschen Erbrechts äquivalentes Rechtsinstitut? Oder ist für das deutsche Erbrecht nur eine Adoption geeignet, an welche das zuständige Adoptionsstatut die gleiche erbrechtliche Wirkung knüpft wie das deutsche Recht? Mit Wengler und Raape ist die letztere Frage zu bejahen. Das nach englischem Recht adoptierte Kind kann kein Erbrecht nach deutschem Recht geltend machen, weil die nach englischem Recht erfolgte Adoption der vom deutschen Erbrecht

---

21) Vgl. die Entscheidung "in the Estate of Abdul Mazid Belsah", Law Quarterly Review Bd.48 (1932), S. 348.

22) Vgl. W.E. Beckett, The Recognition of Polygamous Marriages, Law Quarterly Review, Bd. 48 (1932), S. 341 ff.

23) Dieses Beispiel ist bei Vischer, a.a.O., S. 51 f. entliehen.

24) Vgl. Raape, IPR, S. 105 f.; Vischer, a.a.O., S. 47; Wengler, Rabels Z Bd. 8 (1934), S. 163 ff., mit weiteren Beispielen und Nachweisen aus der ausländischen Gerichtspraxis.

25) Nach dem neuesten englischen Adoptionsgesetz v. 1950, sect. 13, haben Wahlkind und Annehmender ein gegenseitiges Erbrecht (vgl. Raape, IPR, S. 105). Insoweit ist das Beispiel also überholt. Sein Demonstrationswert wird dadurch aber nicht berührt. Im übrigen ist es in Schottland bei der bisherigen Regelung geblieben (sect. 15).

vorausgesetzten Adoption nicht äquivalent ist. Dagegen wird man, soweit es um den Unterhaltsanspruch des Adoptionskindes gegen die Adoptivmutter geht, die Adoption nach englischem Recht der vom deutschen Unterhaltsrecht vorausgesetzten Adoption gleichwertig erachten müssen.

Im Gegensatz zu dem eben erörterten Fall des Erbrechts eines Adoptivkindes kommt es bei der Frage, ob dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht gegenüber seinem verstorbenen Ehepartner zusteht, allein auf das Erbstatut an. Ist er nach diesem zum Erben berufen, so erbt er auch dann, wenn er nach dem vom Erbstatut verschiedenen Ehestatut nicht erben würde [26]. Der Unterschied besteht, wie Vischer mit Recht sagt, darin, daß bei der funktionellen Bedeutung der Adoption die erbrechtlichen Nachwirkungen an vorderer Stelle stehen, nicht aber bei der Eheschließung. Dort stehen die persönlichen Beziehungen der Ehegatten so sehr im Vordergrund, daß sie allenfalls bestehende erbrechtliche Wirkungen völlig in den Schatten stellen.

§ 23 Die Substitution bei gesetzlicher Erbfolge

Um die Frage beantworten zu können, ob der nach ausländischem Erbrecht zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufene Ehegatte als Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 angesehen werden kann, ist es nach dem oben Gesagten also erforderlich, die Rechtsstellung des nach ausländischem Erbrecht zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufenen Ehegatten mit der des nach deutschem Erbrecht dazu berufenen im Hinblick darauf zu vergleichen, inwieweit die Regelung des § 1371 II HS 1 nach ihrem Sinn und Zweck auf den Fall, daß die Beerbung des verstorbenen Ehegatten sich nicht nach deutschem, sondern nach ausländischem Erbrecht richtet, paßt.

Betrachtet man den § 1371 II HS 1 für sich allein, scheint es gar keine Frage zu sein, daß auch der nach ausländischem Erbrecht zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufene Ehegatte Erbe bzw. Vermächtnisnehmer im Sinne dieser Vorschrift ist. Sinn und Zweck des § 1371 II HS 1 ist doch offenbar, zu verhindern, daß der überlebende Ehegatte neben der Zugewinnausgleichsforderung auch noch den gesetzlichen Erbteil oder das ihm durch letztwillige Verfügung Zugewandte erhält, mit anderen Worten, neben der Ausgleichsforderung - wenn man vom sog. kleinen Pflichtteil absieht - jeden Erwerb von Todes

---

26) Vgl. Wengler, a.a.O., S. 162 f.; Vischer, a.a.O., S. 50 f.

wegen auszuschließen. Kann dieser Satz nicht ohne weiteres auch auf einen nach ausländischem Erbrecht erfolgenden Erwerb von Todes wegen übertragen werden? Die einzige Frage, auf die es in diesem Zusammenhang ankommen könnte, scheint doch zu sein, ob ein Erwerb von Todes wegen vorliegt. Auf Grund welcher Rechtsnorm und in welcher Form sich dieser Erwerb von Todes wegen abspielt, scheint ohne Bedeutung zu sein. Lediglich Pflichtteilsansprüche und allenfalls noch die denselben entsprechenden Noterbrechte [1] verschiedener Rechtsordnungen scheinen neben der Zugewinnausgleichsforderung zulässig zu sein.

Das hieße aber, an der Oberfläche bleiben. Man darf bei der Frage nach dem Sinn und Zweck des § 1371 II HS 1 nicht bei der oben getroffenen Feststellung stehen bleiben, sondern muß weiter fragen, warum das Gesetz neben der Zugewinnausgleichsforderung jeden Erwerb von Todes wegen, abgesehen von den Pflichtteilsansprüchen, ausschließt. Der Grundgedanke dieser Regelung ist, daß wenn der überlebende Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer wird, seine Zugewinnausgleichsansprüche bereits durch diese erbrechtliche Beteiligung am Vermögen des verstorbenen Ehegatten abgegolten sind. Kommt es zur gesetzlichen Erbfolge, geht das Gesetz in § 1371 II HS 1 davon aus, daß die in § 1371 I angeordnete Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des Ehegatten um ein Viertel des Nachlasses eintritt. Da durch dieses zusätzliche Viertel im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit der Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 ff. ersetzt werden soll, kann der überlebende Ehegatte neben seinem gesetzlichen Erbteil keinen Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 ff. verlangen. Ist der überlebende Ehegatte durch letztwillige Verfügung zum Erben berufen oder mit einem Vermächtnis bedacht, so geht das Gesetz davon aus, daß der Erblasser bei der Bemessung des Erbteils oder (und) des Vermächtnisses den Zugewinnausgleich berücksichtigt hat und die letztwillige Verfügung deshalb eine abschließende Regelung der dem überlebenden Ehegatten am Nachlaß zustehenden Rechte enthält. Neben einer letztwilligen Zuwendung ist daher grundsätzlich kein Raum mehr für einen güterrechtlichen Zugewinnausgleich [2].

Der letztere Gedanke versagt freilich dann, wenn dem überlebenden Ehegatten nicht mehr als der kleine Pflichtteil zugewendet wird. Der kleine Pflichtteil ist die grundsätzlich unentziehbare, erbrechtliche Mindestbeteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen. Er bemißt sich nach dem nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten. Deshalb kann

---

1) Näheres über das Institut des Noterbrechts bei Staudinger-Boehmer, Einleitung vor § 1922, Anm. 7-9; Kipp-Coing, Erbrecht, § 8.

2) Vgl. oben S. 89 f.

in einer letztwilligen Zuwendung, die den Wert des kleinen Pflichtteils nicht übersteigt, schlechterdings überhaupt kein Zugewinnausgleich stecken und in einer den Wert des kleinen Pflichtteils übersteigenden letztwilligen Zuwendung nur insoweit, als die Zuwendung den Wert des kleinen Pflichtteils übersteigt. Trotzdem schließt das Gesetz in § 1371 II HS 1 neben der Zugewinnausgleichsforderung jede letztwillige Zuwendung unabhängig von ihrem Umfang aus. Diese Regelung ist im Interesse einer möglichst einheitlichen, einfachen und klaren Lösung erfolgt. Insbesondere soll vermieden werden, daß der überlebende Ehegatte gleichzeitig Erbe, Pflichtteilsgläubiger und Zugewinnausgleichsgläubiger wird, denn das würde die Auseinandersetzung ungewöhnlich erschweren [3]. Da der Ausschluß jeder erbrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen jedoch den Grundprinzipien des deutschen Erb- und Pflichtteilsrechts widersprochen hätte, hat das Gesetz in § 1371 III dafür gesorgt, daß der überlebende Ehegatte neben der Ausgleichsforderung wenigstens stets den kleinen Pflichtteil verlangen kann.

Geht man bei der Antwort auf die Frage, ob der nach ausländischem Recht zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufene Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 ist, von dem dargelegten Sinn und Zweck dieser Vorschrift aus, zeigt sich, daß man unterscheiden muß zwischen dem Fall, daß der überlebende Ehegatte Erbe oder Vermächtnisnehmer kraft gesetzlichen Erbrechts wird, und dem Fall, daß ihm durch letztwillige Verfügung etwas zugewendet wird.

Wird der überlebende Ehegatte gesetzlicher Erbe nach ausländischem Erbrecht, scheidet eine Erhöhung seines gesetzlichen Erbteils nach § 1371 I schon deshalb aus, weil diese Vorschrift wegen ihres erbrechtlichen Charakters nicht anwendbar ist, wenn die Beerbung des verstorbenen Ehegatten gemäß Art. 25 EG BGB ausländischem Erbrecht unterliegt. Mit dem zusätzlichen Erbteil entfällt aber die einzige Voraussetzung, die den Ausschluß der Zugewinnausgleichsforderung neben dem normalen gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten zu rechtfertigen vermag. Die Stellung des nach ausländischem Erbrecht zum gesetzlichen Erben berufenen Ehegatten unterscheidet sich somit in einem für die Ersetzbarkeit des in § 1371 II HS 1 vorausgesetzten inländischen Erbverhältnisses durch ein ausländisches Erbverhältnis entscheidenden Punkt von der Stellung des überlebenden Ehegatten, der nach deutschem Recht gesetzlicher Erbe wird. Die Stellung des überlebenden Ehegatten, der nach ausländischem Erbrecht gesetzlicher Erbe des verstorbenen Ehegatten wird, ist der von § 1371 II HS 1 vorausgesetzten Erbenstellung nicht äquivalent, da § 1371 II HS 1 -

---

3) Vgl. oben S. 54.

soweit es um die gesetzliche Erbfolge geht - die Anwendbarkeit des § 1371 I voraussetzt. Das aber bedeutet nichts anderes, als daß der überlebende Ehegatte, der nach ausländischem Erbrecht zum gesetzlichen Erben berufen ist, nicht Erbe i.S. des § 1371 II HS 1 ist.

Ist der überlebende Ehegatte nach der Terminologie des BGB, von der ja bei der Auslegung des § 1371 II HS 1 auszugehen ist, nicht als gesetzlicher "Erbe", sondern lediglich als gesetzlicher "Vermächtnisnehmer" anzusehen, etwa weil ihm nach dem ausländischen gesetzlichen Erbrecht nur ein Nießbrauch am Nachlaß oder einem Nachlaßteil zusteht, wie das z.B. nach dem französischen oder italienischen Recht zum Teil der Fall ist [4], gilt das für den Fall, daß der überlebende gesetzlicher "Erbe" wird, Gesagte entsprechend. § 1371 II HS 1 setzt, soweit es zur gesetzlichen Erbfolge kommt, die Anwendbarkeit des § 1371 I voraus, unabhängig davon, ob der überlebende Ehegatte gesetzlicher "Erbe" wird oder nur ein gesetzliches "Vermächtnis" erhält [5]. Der nach ausländischem gesetzlichem Erbrecht zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufene Ehegatte ist somit weder Erbe noch Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1.

§ 24 Die Substitution bei gewillkürter Erbfolge

Etwas anderes gilt grundsätzlich, wenn der überlebende Ehegatte durch letztwillige Verfügung zum Erben eingesetzt oder (und) mit einem Vermächtnis bedacht ist. Der für die Regelung des § 1371 II HS 1 insoweit maßgebende Gedanke, daß der Erblasser den Zugewinnausgleich bei der Bemessung der letztwilligen Zuwendung regelmäßig bereits berücksichtigt hat und die letztwillige Verfügung deshalb die Rechte des überlebenden Ehegatten am Nachlaß abschließend regelt, ist unabhängig von einer bestimmten, nationalen Rechtsordnung. Er behält seine Gültigkeit und Tragfähigkeit in gleicher Weise, wenn die Beerbung des verstorbenen Ehegatten sich nach einer ausländischen Rechtsordnung richtet, wie wenn sie dem deutschen Recht unterliegt. Das hängt, worauf in diesem Zusammenhang schon Braga [1] hingewiesen hat, damit zusammen, daß die letztwilligen Verfügungen als Rechtsgeschäfte nicht so eng an eine nationale Rechtsordnung gebunden sind wie die gesetzliche Erbfolge.

---

4) Vgl. Art. 767 c.c.; Art. 581 c.c.ital.

5) Das gesetzliche Vermächtnis ist ein auch dem deutschen Recht bekanntes Rechtsinstitut. Ein gesetzliches Vermächtnis stellt z.B. der Voraus, § 1932, dar.

1) Fam.RZ 1957, S. 341.

Die Gültigkeit und Tragfähigkeit des Gedankens, daß mit der letztwilligen Zuwendung der Anspruch auf Zugewinnausgleich abgegolten sein soll, hängt auch nicht davon ab, daß das deutsche Pflichtteilsrecht Anwendung findet [2]. Der Ausschluß der Zugewinnausgleichsforderung neben einer letztwilligen Zuwendung ist auch dann sinnvoll und durch den Grundgedanken des § 1371 II HS 1 gedeckt, wenn das maßgebende Erbstatut dem überlebenden Ehegatten keinen Pflichtteilsanspruch und kein Noterbrecht einräumt. Hier besteht der entscheidende Unterschied zu dem vorhin erörterten Fall der gesetzlichen Erbfolge. Während dort mit dem Wegfall der Erbteilserhöhung nach § 1371 I der tragende Grund für den Ausschluß der Ausgleichsforderung neben dem normalen (nicht erhöhten) gesetzlichen Erbteil zusammenbrach, ist das, soweit es um das Schicksal der Ausgleichsforderung neben einer letztwilligen Zuwendung geht, auch dann nicht der Fall, wenn neben § 1371 II HS 1 nicht das deutsche Pflichtteilsrecht zur Anwendung kommt und das maßgebende ausländische Erbstatut ein Pflichtteils- oder Noterbrecht des überlebenden Ehegatten nicht kennt.

Wenn Braga [3] meint, der Erblasser könne, falls man dem überlebenden Ehegatten nicht gestatte, neben der nach ausländischem Erbrecht erfolgten letztwilligen Zuwendung die Zugewinnausgleichsforderung geltend zu machen, die Rechtsposition des überlebenden Ehegatten in einem dem § 1371 II und III widersprechenden Ausmaß schwächen, so übersieht er, daß nach dem Willen des deutschen IPR über die Pflichtteilsansprüche des überlebenden Ehegatten allein das ausländische Erbrecht entscheiden soll. Billigt es ihm keinen Pflichtteil zu, widerspricht das zwar der deutschen Rechtsauffassung, aber auf diese kommt es eben nach dem Willen des IPR hier nicht an.

Der nach ausländischem Recht kraft letztwilliger Verfügung zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufene überlebende Ehegatte ist somit grundsätzlich auch als Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 zu betrachten [4].

Von diesem Satz muß jedoch eine wichtige Ausnahme gemacht werden, dann nämlich, wenn dem überlebenden Ehegatten nach dem ausländischen Erbrecht

---

2) A.A. Braga, a.a.O.

3) A.a.O.

4) Der Unterscheidung, ob der nach ausländischem Recht mit einer letztwilligen Zuwendung bedachte Ehegatte nach der Terminologie des BGB als Erbe oder als Vermächtnisnehmer anzusehen ist, kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Soweit die den ausländischen Erbrechtsvorschriften unterliegende "Erbeinsetzung" nach den Vorschriften des BGB nicht als Erbeinsetzung angesehen werden kann, stellt sie regelmäßig ein Vermächtnis i.S. des BGB dar.

ein Pflichtteils- oder Noterbrecht zusteht [4a]. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß der Ausschluß der Zugewinnausgleichsforderung neben einer letztwilligen Zuwendung vom Grundgedanken dieser Regelung aus gesehen seine Berechtigung verliert, wenn die letztwillige Zuwendung wertmäßig die gesetzliche, auf erbrechtlichen Gesichtspunkten beruhende Mindestbeteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen nicht übersteigt, und daß das deutsche Recht dem dadurch Rechnung trägt, daß es dem überlebenden Ehegatten das Recht einräumt, nach Ausschlagung neben der Ausgleichsforderung stets den kleinen Pflichtteil zu verlangen. Diese Einschränkung der Tragfähigkeit des dem § 1371 II HS 1 zugrunde liegenden Gedankens gilt nicht nur wenn deutsches Erbrecht zu Anwendung kommt, sondern genauso bei der Anwendung ausländischen Erbrechts, vorausgesetzt daß dieses eine gesetzliche Mindestbeteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß des verstorbenen Ehegatten kennt, sei es in Form eines obligatorischen Pflichtteilsrechts, sei es in Gestalt eines dinglich wirkenden Noterbrechts. Unterliegt nun die Beerbung des verstorbenen Ehegatten einer solchen ausländischen Erbrechtsordnung, so wird der vom Grundgedanken des § 1371 II HS 1 nicht gerechtfertigte, völlige Ausschluß letztwilliger Zuwendungen neben der Ausgleichsforderung auch nicht durch § 1371 III korrigiert, da diese Vorschrift infolge ihres erbrechtlichen Charakters nicht zu Anwendung berufen ist.

Der weitere Grund für den Ausschluß der Zugewinnausgleichsforderung neben einer letztwilligen Zuwendung, zu verhindern, daß der überlebende Ehegatte gleichzeitig Erbe, Pflichtteilsgläubiger und Zugewinnausgleichsgläubiger wird, ist allein auch nicht tragfähig genug für diese Regelung. Er setzt gleichfalls voraus, daß der überlebende Ehegatte neben der Ausgleichsforderung wenigstens den vollen Pflichtteil erhält, wie das § 1371 III bestimmt.

Die Regelung des § 1371 II HS 1 läßt sich in diesen Fällen auch nicht dadurch retten, daß man - etwa auf dem Wege von Schröders kollisionsrechtlicher Subsumtionsanpassung [5] die Vorschrift des § 1371 III trotz ihres erbrechtlichen Charakters für anwendbar erklärt oder, was im Ergebnis auf dasselbe hinausläuft, die von § 1371 II HS 1 vorausgesetzte Vorschrift des § 1371 III in dem zur

---

4a) Dabei kommt es nicht darauf an, ob dem überlebenden Ehegatten nach dem maßgebenden ausländischen Erbrecht in dem konkreten Einzelfall ein Pflichtteils- oder Noterbrecht zusteht, sondern nur darauf, ob das ausländische Erbstatut überhaupt ein Pflichtteils- oder Noterbrecht des überlebenden Ehegatten kennt.

5) Vgl. dazu Schröder, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, S. 90.

Anwendung berufenen ausländischen Erbrecht frei ergänzt [6]. Mit einem solchen Verfahren könnte zwar dann geholfen werden, wenn das ausländische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten ähnlich wie das deutsche Erbrecht einen obligatorischen Pflichtteilsanspruch gibt, nicht aber, wenn das ausländische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten ein materielles Noterbrecht einräumt [7].

Den überlebenden Ehegatten, der lediglich seine Quote als Noterbe erhält, als Erbe i.S. des § 1371 II HS 1 anzusehen mit der Folge, daß er die Zugewinnausgleichsforderung nur geltend machen kann, wenn er sein Noterbrecht ausschlägt, entspricht sicher nicht dem Sinn und Zweck des § 1371 II HS 1. Auch wenn dem überlebenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung eine höhere Quote zugewendet wird, ist es nicht gerechtfertigt, dem überlebenden Ehegatten Zugewinn nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 nur zu gewähren, wenn er den ganzen ihm zugedachten Erbteil ausschlägt. Vom Sinn und Zweck des § 1371 II HS 1 aus wäre im letzteren Fall lediglich das Verlangen gerechtfertigt, daß der überlebende Ehegatte den Teil, um den der testamentarische Erbteil die ihm als Noterben zustehende Quote übersteigt, ausschlägt, wenn er die Zugewinnausgleichsforderung geltend machen will. Das würde aber bedeuten, daß der überlebende Ehegatte zwar insoweit Erbe i.S. des § 1371 II HS 1 geworden ist, als der testamentarische Erbteil die Noterbquote übersteigt, nicht aber, soweit dies nicht der Fall ist. Man kann aber den auf Grund einer einheitlichen letztwilligen Verfügung zu einem einheitlichen Erbteil berufenen Ehegatten nicht teilweise als Erben i.S. des § 1371 II HS 1 betrachten und teilweise nicht. Das wäre des Differenzierens entschieden zu viel, ganz abgesehen von den Schwierigkeiten, die aus einem Verbot der Teilausschlagung entstehen könnten.

Obwohl also § 1371 II HS 1 das Bestehen von Pflichtteilsansprüchen an sich nicht voraussetzt, kann der überlebende Ehegatte, der kraft letztwilliger Verfügung zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufen ist, dann nicht als Erbe

---

6) Vgl. dazu Wengler, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im IPR, Festschrift für M. Wolff, S. 368 f.

7) Das materielle Noterbrecht entspricht in seiner rechtspolitischen Funktion dem Pflichtteilsanspruch des deutschen Erbrechts. Es gewährt dem Berechtigten jedoch nicht nur einen Geldanspruch, sondern ein echtes Erbrecht. Der Erblasser ist zugunsten der Noterben in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt. Er kann nur über eine bestimmte Quote seines Vermögens, den sog. "Freiteil" verfügen, der Rest seines Vermögens ist den Noterben verfangen.

oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 angesehen werden, wenn das maßgebende ausländische Erbstatut dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteils- oder Noterbrecht gewährt, da § 1371 II HS 1 voraussetzt, daß, wenn das Erbstatut eine gesetzliche Mindestbeteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlaß des verstorbenen in Form eines Pflichtteils- oder Noterbrechts kennt, der überlebende Ehegatte neben der Zugewinnausgleichsforderung wenigstens diesen Mindestanteil verlangen kann.

VIII. Kapitel

Der Zugewinnausgleich bei gesetzlicher Erbfolge

§ 25 Die Kumulation der gesetzlichen Erbportion nach ausländischem Recht mit der Zugewinnausgleichsforderung.

Unter dem Begriff der "Kumulation" [1] werden im IPR vielfach Fälle zusammengefaßt, in denen eine Kollisionsnorm nicht nur ein einziges Anknüpfungsmoment verwendet und diese Häufung der Anknüpfungsmomente zur Anwendbarkeit mehrerer Rechtsordnungen führt [2]. Hierbei lassen sich im Anschluß an Neuhaus die Fälle der alternativen, der kumulativen, der gekoppelten und der getrennten Anwendung mehrerer Rechtsordnungen unterscheiden.

Bei der alternativen Anwendung mehrerer Rechtsordnungen wird es häufig den Beteiligten freigestellt, welcher Rechtsordnung sie sich bedienen wollen, oder aber der Richter hat unter den mehreren zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen diejenige zu wählen, die für ein bestimmtes materielles Ergebnis günstiger ist [3].

Die kumulative Anwendung mehrerer Rechtsordnungen kommt in zwei Formen vor: als positive, anspruchsbegünstigende Kumulation oder als negative, anspruchsbegrenzende Kumulation. Bei der ersteren treten alle Rechtsfolgen ein, die auch nur eine der zur Anwendung berufenen Rechtsordnungen vorschreibt, bei der letzteren dagegen nur diejenigen, die nach allen beteiligten Rechtsordnungen begründet sind [4].

Eine gekoppelte Anwendung mehrerer Rechtsordnungen liegt dann vor, wenn - wie im Musterbeispiel des Art. 13 Abs. 1 EGBGB - mehrere Voraussetzungen einer Rechtsfolge nach verschiedenen Rechtsordnungen beurteilt werden.

Von einer getrennten Anwendung mehrerer Rechtsordnungen spricht man schließlich, wenn ein einheitliches Rechtsverhältnis in mehrere Einzel- oder Teil-

---

1) Eingehend hierzu Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, S. 96 ff.

2) Neuhaus verwendet den Begriff der Kumulation auch für die Fälle der "kombinierten Anknüpfung" (Braga, MDR 1952, S. 268), in denen eine bestimmte Rechtsordnung nur dann zur Anwendung berufen wird, wenn mehrere Umstände gleichzeitig auf sie hinweisen. Das scheint mir wenig glücklich, denn dieser Fallgruppe fehlt das Charakteristikum aller übrigen Kumulationsfälle: die gleichzeitige Berufung mehrerer Rechtsordnungen.

3) Vgl. etwa Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

4) Vgl. z.B. Art. 12 oder Art. 17 Abs. 4 EGBGB.

fragen aufgeteilt wird, die jeweils einer besonderen Rechtsordnung unterstellt werden [5].

Wenn im Folgenden von "Kumulation" die Rede ist, so nicht in dem dargestellten, speziellen Sinn. Die Frage, um die es hier geht, ist die, ob der überlebende Ehegatte neben der ihm nach ausländischem Erbrecht zustehenden Erbportion auch noch Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 - 1383, 1390 verlangen kann oder nicht. Ist diese Frage zu bejahen, so tritt eine Häufung der nach dem Güterrechtsstatut einerseits und dem Erbrechtsstatut andererseits begründeten Ansprüche des überlebenden Ehegatten auf Beteiligung am Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten ein. Diese Anspruchshäufung wird hier als "Kumulation" bezeichnet [6].

Die Feststellung, daß der nach ausländischem Erbrecht zum gesetzlichen Erben oder gesetzlichen Vermächtnisnehmer berufene Ehegatte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 ist, hat nach dieser Vorschrift zur Folge, daß der überlebende Ehegatte, der mit seinem verstorbenen Ehepartner im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gelebt hat, neben der ihm nach dem

---

5) Eine einheitliche Terminologie hat sich bislang noch nicht gebildet. So verwendet Siegrist, Rabels Z. Bd. 24, (1959), S. 74, 77 ff., den Begriff der Kumulation nur für die Fälle der negativen, anspruchsbegrenzenden Kumulation. Raape, IPR, S. 37, faßt die Kumulationsfälle unter der Bezeichnung "Koppelung" zusammen und unterscheidet zwischen völliger oder teilweiser Koppelung, je nach dem, ob die in Betracht kommenden Normgruppen der verschiedenen Rechtsordnungen völlig oder nur teilweise miteinander gekoppelt werden. Dölle, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, S. 41, spricht bei den im Text als Koppelung bezeichneten Fällen von "Kumulation", Makarov, Rabels Z. Bd. 17, (1952), S. 386 f., von "Spaltung der Anknüpfung" oder auch "alternativer Anknüpfung". Kegel, IPR, S. 237, 245, 254, 307, verwendet den Begriff der Kumulation nicht, sondern faßt die Fälle der negativen, anspruchsbegrenzenden Kumulation und der Koppelung unter der Bezeichnung "Grundsatz des schwächeren Rechts" zusammen.

6) Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR, S. 96, 249, spricht in solchen Fällen, in denen für ein einheitliches Lebensverhältnis nebeneinander verschiedene Rechtsordnungen maßgebend sein sollen, ohne daß dies auf eine Häufung der Anknüpfungsmomente in einer Kollisionsnorm ("direkte Kumulation") zurückzuführen wäre, von "indirekter Kumulation".

maßgebenden ausländischen Erbrecht zustehenden gesetzlichen Erbportion auch noch Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen kann. Erwarb etwa ein deutsches, im gesetzlichen Güterstand lebendes Ehepaar nach der Heirat gemeinsam die Schweizer Staatsangehörigkeit, und stirbt nun der Ehemann, ohne ein Testament zu hinterlassen, so hat die überlebende Ehefrau nach dem Schweizer gesetzlichen Erbrecht neben den Kindern ein Wahlrecht, ob sie ein Viertel des Nachlasses zu Eigentum oder die Nutznießung an der Hälfte des Nachlasses erben will (Art. 462 ZGB). Neben diesem Viertel bzw. dem Nießbrauch an der Hälfte des Nachlasses kann die Witwe gemäß § 1371 II HS 1 also auch noch Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen.

Die Frage, die noch zu prüfen ist, geht dahin, ob das Gesagte in jedem Fall gilt, oder ob gewisse Ausnahmen davon gemacht werden müssen. Die Antwort hierauf ergibt sich ohne weiteres, wenn man sich den Grundgedanken des § 1371 II HS 1 vergegenwärtigt. Diese Vorschrift soll verhindern, daß der überlebende Ehegatte Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen kann, obwohl seine Zugewinnausgleichsansprüche bereits anderweitig - nämlich durch die ihm zustehenden erbrechtlichen Ansprüche - abgegolten sind. Grob gesagt, der überlebende Ehegatte soll nicht zweimal Zugewinnausgleich erhalten. Voraussetzung für jede Kumulation der Zugewinnausgleichsforderung mit der ausländischen gesetzlichen Erbportion ist somit, daß es sich bei dieser Erbportion auch wirklich um eine echte erbrechtliche Zuwendung handelt und nicht um die Abgeltung güterrechtlicher Ansprüche auf Beteiligung an dem während der Ehe gemachten Zugewinn.

Diese Feststellung wird nicht immer leicht zu treffen sein. Sie erfordert eine eingehende Untersuchung des zur Anwendung berufenen ausländischen Erbrechts. Einen gewissen Hinweis gibt dabei der Umfang des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten. Je größer der gesetzliche Erbteil desselben ist, desto näher liegt die Vermutung, daß das ausländische Erbrecht den Gedanken der güterrechtlichen Vermögensteilhabe unter Ehegatten ganz oder teilweise miterledigt. Wichtige Aufschlüsse vermag insbesondere ein Blick auf das gesetzliche Güterrecht des Erbstatuts zu geben. Der gesetzliche Güterstand in der Schweiz - um bei dem gewählten Beispiel zu bleiben - ist die sog. Güterverbindung [7]. Die beiden Grundpfeiler dieses Güterstandes sind Getrenntheit des Eigentums und Einheit der Verwaltung (durch den Mann) [8]. Zwar ver-

---

7) Vgl. Art. 178, 194 - 214 ZGB.

8) Vgl. Tuor, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, S. 178.

einigt die Güterverbindung nach den Worten des Art. 194 ZGB alles Vermögen, das den Ehegatten zur Zeit der Eheschließung gehört oder während der Ehe auf sie übergeht, zum ehelichen Vermögen. Das bedeutet aber nicht, daß die Güterverbindung eine Form der allgemeinen Gütergemeinschaft darstellte. Art. 195 ZGB bestimmt ausdrücklich, daß das eingebrachte Vermögen der Ehegatten in ihrem getrennten Eigentum verbleibt. Das während der Ehe Neuerworbene, die Errungenschaft, fällt dagegen in das Vermögen des Mannes. Ergibt sich beim Tod eines Ehegatten ein sog. Vorschlag, d.h. ein Überschuß des ehelichen Vermögens nach Abzug der Schulden und Ersatzforderungen und nach Ausscheidung der eingebrachten Güter, so wird dieser zwischen Mann und Frau bzw. ihren Erben im Verhältnis 2:1 aufgeteilt [9]. Der Anspruch auf seinen Anteil am Vorschlag steht dem überlebenden Ehegatten nach Schweizer Recht neben seinen erbrechtlichen Ansprüchen zu [10]. Deshalb bestehen vom Schweizer Erbrecht her gesehen bestimmt keine Bedenken dagegen, daß der überlebende Ehegatte neben der Schweizer gesetzlichen Erbportion die Zugewinnausgleichsforderung nach deutschem Güterrecht geltend machen kann. Auch vom deutschen Güterrecht her steht dem nichts entgegen, denn die Kumulation des gesetzlichen Erbteils mit dem Anspruch auf den Vorschlag im Schweizer Recht zeigt eindeutig, daß der Schweizer gesetzliche Erbteil nichts mit dem Gedanken des Zugewinnausgleichs zu tun hat.

Die Einbeziehung des ausländischen Güterrechts in die Betrachtung bedeutet aber nicht, daß die Möglichkeit, den ausländischen gesetzlichen Erbteil mit der Zugewinnausgleichsforderung zu kumulieren, davon abhinge, daß der ausländische gesetzliche Güterstand eine gewisse Ähnlichkeit mit der deutschen Zugewinngemeinschaft aufweist, wie das bei der Schweizer Güterverbindung der Fall ist. In Dänemark z.B. besteht der gesetzliche Güterstand in einer Zwischenform der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Gütergemeinschaft von Todes wegen. Während der Ehe gibt es drei Gütermassen: das Gesamtgut, das Sondergut des Mannes und das Sondergut der Frau. Zum Sondergut gehören kraft Gesetzes nur die höchstpersönlichen und unübertragbaren Rechte, im übrigen das, was durch Ehevertrag, Schenkungsauflage oder Testament zum Sondergut bestimmt ist nebst den dinglichen Surrogaten. Alles, was nicht Sondergut wird, gehört den Ehegatten gemeinsam als Gesamthandseigentum, doch behält jeder Ehegatte das Recht zur Verfügung unter Lebenden über die von ihm zum Gesamtgut, sei es zu Beginn der Ehe oder später, eingebrachten Sachen und Rechte. Entsprechend der getrennten Verfügungsmacht über die zum Gesamtgut

---

9) Vgl. Art. 214 ZGB; Tuor, a.a.O., S. 187 ff.
10) Vgl. Art. 462 ZGB.

gehörenden Gegenstände ist grundsätzlich auch die Schuldenhaftung getrennt [11]. Stirbt einer der Ehegatten, ist das Gesamtgut auseinanderzusetzen, sofern nicht der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft mit den Abkömmlingen des Verstorbenen ohne vorherige Teilung fortsetzt [12]. Bei der Auseinandersetzung fällt jedem Ehegatten bzw. seinen Erben die Hälfte des Gesamtguts zu ohne Rücksicht auf seinen Anteil an der Einbringung und damit auf seine bisherige Verfügungsmacht [13].

Neben seinem Anteil am Gesamtgut erbt der überlebende Ehegatte nach dänischem Recht neben Abkömmlingen ein Viertel des Nachlasses des Verstorbenen, neben Eltern, Geschwistern oder Abkömmlingen von Geschwistern die Hälfte, in allen übrigen Fällen den gesamten Nachlaß [14].

In Frankreich gilt als gesetzlicher Güterstand die sog. "communauté légale" (Art. 1400-1496 c.c.), welche eine Verbindung von Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft darstellt. Gemeinsames Vermögen werden erstens alle beweglichen Güter, welche die Ehegatten zur Zeit der Heirat besitzen oder später entgeltlich oder unentgeltlich erwerben, zweitens die unbeweglichen Güter, die sie entgeltlich während der Ehe erwerben, ausgenommen die unbeweglichen Güter, die den Ehegatten durch Testament vermacht werden oder die ihnen sonst durch Erbfolge zufallen, und drittens die Früchte und Nutzungen des

---

11) Diese Trennung von Verwaltung und Haftung während der Ehe entspricht dem Zustand, wie er bei der Gütergemeinschaft von Todes wegen während der Ehe besteht. Im Gegensatz zu der normalen Gütergemeinschaft von Todes wegen, bei der das Vermögen von Mann und Frau bis zur Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten getrennt bleibt, wird beim dänischen gesetzlichen Güterstand jedoch schon während der Ehe ein im Eigentum beider Ehegatten stehendes Gesamtgut gebildet. Insofern entspricht der dänische gesetzliche Güterstand wieder mehr der allgemeinen Gütergemeinschaft.

12) Dieses sog. "Sitzenbleiben im ungeteilten Gut" entspricht etwa der fortgesetzten Gütergemeinschaft des BGB a.F.

13) Die Angaben über den dänischen gesetzlichen Güterstand sind entnommen bei Pappenheim, Die Rechtsnatur des "Sitzenbleibens im ungeteilten Gut" im dänischen Recht, Rabels Z Bd. 6 (1932), S. 120 ff. (123 f.).

14) Vgl. das dänische Gesetz über das Erbrecht der Ehegatten und die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (Ges. Nr. 120) v. 20.4.1926, übersetzt von Menzel, Rabels Z Bd. 1 (1927), S. 879.

Vorbehaltsgutes der Ehegatten sowie die Erträge ihrer Arbeit [15]. Bei der Auflösung der "communauté légale" erhält jeder Ehegatte die Hälfte des Gesamtguts. Der Anteil des verstorbenen Ehegatten gehört zu seinem Nachlaß [16].

Wird die "communauté légale" durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, steht dem überlebenden Ehegatten neben seinem güterrechtlichen Anteil am ehelichen Gesamtgut auch ein Erbrecht gegenüber dem Verstorbenen zu, das allerdings nicht gerade reichlich bemessen ist, da das französische Recht grundsätzlich von der Subsidiarität des Ehegattenerbrechts gegenüber dem Verwandtenerbrecht ausgeht [17]. Neben gemeinsamen Kindern erhält der überlebende Ehegatte z.B. nur einen Nießbrauch an einem Viertel des Nachlasses (Art. 767 III c.c.).

Aus dem Nebeneinander von güterrechtlicher und erbrechtlicher Vermögensteilhabe unter den Ehegatten im dänischen und im französischen Recht ergibt sich, genau wie in dem vorhergehenden Beispiel mit dem schweizerischen Recht, daß bei einem Zusammentreffen des deutschen gesetzlichen Güterrechts mit dem dänischen oder mit dem französischen Erbrecht einer Kumulation des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten mit der Zugewinnausgleichsforderung nichts im Wege steht. Die Kumulation widerspricht weder dem Erbstatut noch dem Güterrechtsstatut. Man wird deshalb allgemein sagen dürfen, daß die Kumulation des gesetzlichen Erbteils nach ausländischem Erbrecht mit der Zugewinnausgleichsforderung nach deutschem Güterrecht zumindest stets dann zulässig ist, wenn das Erbstatut scharf zwischen der güterrechtlichen und erbrechtlichen Vermögensteilhabe unter den Ehegatten unterscheidet und beide Arten getrennt verwirklicht [18].

---

15) Das letztere gilt heute nur noch für den Arbeitsverdienst des Mannes. Der Verdienst der Ehefrau aus eigener Arbeit gilt seit dem Gesetz v. 13.7.1907 als Vorbehaltsgut der Frau, über das sie auch während der Ehe frei verfügen kann, während das eheliche Gesamtgut und die persönlichen Güter (insbesondere eingebrachte Grundstücke) beider Ehegatten vom Ehemann allein verwaltet werden. Bei der Auflösung der Gemeinschaft wird der noch vorhandene Arbeitsverdienst der Frau allerdings zum Gesamtgut gerechnet

16) Die Angaben über den französischen gesetzlichen Güterstand sind entnommen bei Marc Ancel, Matrimonial Property Law in France, in Friedmann, Matrimonial Property Law, S. 3 - 28.

17) Vgl. Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. I, Frankreich, Grdz. E II, Rdz. 76.

18) Ähnlich Thiele, Fam.RZ 1958, S. 398.

Die güterrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen nach dem gesetzlichen Güterrecht des Erbstatuts ist jedoch keineswegs Voraussetzung für die Zulässigkeit der Kumulation des ausländischen gesetzlichen Erbteils mit der deutschen Zugewinnausgleichsforderung, sondern lediglich ein Indiz hierfür. Die Kumulation kann auch dann erfolgen, wenn das Erbstatut als gesetzlichen Güterstand die Gütertrennung vorschreibt. Damit ist noch nicht gesagt, daß nach dem Willen des Erbstatuts neben der erbrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen eine güterrechtliche Beteiligung ausgeschlossen sein soll. Das Gegenteil wird sich häufig schon daraus ergeben, daß das Erbstatut es den Ehegatten freistellt, die Gütertrennung im Wege des Ehevertrags durch irgendeine Form der Gütergemeinschaft zu ersetzen, ohne daß dadurch das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten berührt würde. Aber selbst wenn die für die Beerbung maßgebende ausländische Rechtsordnung eine güterrechtliche Vermögensteilhabe unter den Ehegatten ablehnt, hindert das eine Kumulation des ausländischen gesetzlichen Erbteils mit der Zugewinnausgleichsforderung nicht, denn ob jemand Zugewinnausgleich erhält oder nicht, ist eine güterrechtliche Frage, und dafür ist nach dem Willen des deutschen IPR hier allein das deutsche Recht maßgebend.

Aus der Tatsache, daß das Erbstatut keine Vermögensteilhabe des überlebenden Ehegatten kraft gesetzlichen Güterrechts kennt, kann auch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß dann der Gedanke der Beteiligung beider Ehegatten am während der Ehe Erworbenen und Ersparten bereits bei der Bemessung des gesetzlichen Erbteils des überlebenden Ehegatten gebührend berücksichtigt worden sei, ein eventueller Anspruch auf Zugewinnausgleich also durch das gesetzliche Erbrecht abgegolten sein solle und deshalb eine Kumulation des ausländischen gesetzlichen Erbteils mit der deutschen Zugewinnausgleichsforderung nicht möglich sei. Es kann genausogut sein, daß das ausländische Recht den Gedanken der gegenseitigen Beteiligung der Ehegatten am ehelichen Zugewinn gar nicht kennt oder ihn ablehnt. Dann aber kann in der gesetzlichen Erbportion nach ausländischem Recht auch keine Abgeltung von Zugewinnausgleichsansprüchen enthalten sein. Bis zum Beweis des Gegenteils wird man jedenfalls davon ausgehen müssen, daß es sich bei dem gesetzlichen Erbrecht des überlebenden Ehegatten nach ausländischem Recht um ein echtes Erbrecht und nicht um die Abgeltung güterrechtlicher Ansprüche in erbrechtlicher Form handelt.

So wird man beispielsweise beim Zusammentreffen des österreichischen Erbrechts mit dem deutschen Güterrecht die Kumulation der österreichischen gesetzlichen Erbportion des überlebenden Ehegatten mit der deutschen Zugewinn-

ausgleichsforderung trotzdem vornehmen können, obwohl der gesetzliche Güterstand in Österreich die Gütertrennung ist [19]. Dafür spricht insbesondere die starke Anlehnung der österreichischen Vorschriften über das Erbrecht des überlebenden Ehegatten an das deutsche BGB [20]. Nach § 757 ABGB erbt der überlebende Ehegatte neben den Kindern des Erblassers und deren Nachkommen ein Viertel, neben den Eltern des Erblassers und deren Nachkommen oder neben den Großeltern die Hälfte des Nachlasses. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so erhält der Ehegatte überdies von der anderen Hälfte der Erbschaft den Teil, der nach den §§ 739, 740 ABGB den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde. Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Parentel noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft. § 757 ABGB deckt sich somit, was den Umfang des gesetzlichen Erbrechts des überlebenden Ehegatten angeht, inhaltlich vollständig mit dem § 1931. Der Kumulation steht auch nicht die Vorschrift des § 757 I 3 ABGB entgegen, wonach "in allen Fällen in den Erbteil des Ehegatten dasjenige eingerechnet wird, was ihm gemäß der Ehepakten oder eines Erbvertrages aus dem Vermögen des Erblassers zukommt." Die Einrechnung erfolgt nämlich nicht deshalb - wie man zunächst meinen könnte - weil mit der Erbportion nach § 757 ABGB auch eventuelle güterrechtliche Ansprüche des überlebenden Ehegatten abgegolten sein sollen, sondern umgekehrt deshalb, weil das österreichische Gesetz davon ausgeht, daß bei Zuwendungen durch einen Ehe- oder Erbvertrag die Absicht der Beteiligten dahin geht, den Begünstigten auf diese Weise für seinen gesetzlichen Erbanspruch abzufinden [21]. Diese Vermutung trifft aber auf die Zugewinnausgleichsforderung in keiner Weise zu. Außerdem beruht die Ausgleichsforderung nicht auf einem Ehe- oder Erbvertrag, sondern entsteht als Ausfluß des gesetzlichen Güterstandes unmittelbar kraft Gesetzes. Die Zugewinnausgleichsforderung nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 ist daher nicht auf den gesetzlichen Erbteil des überlebenden Ehegatten nach § 757 ABGB anzurechnen, sondern steht ihm neben demselben zu.

---

19) Vgl. § 1237 ABGB.

20) Maßgebend ist freilich allein das österreichische Recht, um dessen Auslegung es hier geht. Der Vergleich mit dem deutschen Recht ist hierbei nur ein Hilfsmittel.

21) Vgl. Klang-Weiss, Komm.z.ABGB, § 757, Anm. V.

§ 26 Die materiellrechtliche Anpassung bei Widersprüchen zwischen dem ausländischen Erbrecht und dem deutschen Güterrecht

Etwas anders liegen die Dinge beim Zusammentreffen des deutschen gesetzlichen Güterrechts mit dem bulgarischen Erbrecht. Gesetzlicher Güterstand in Bulgarien ist die Gütertrennung [1]. Die strikte Gütertrennung wird jedoch dadurch durchbrochen, daß im Falle der Auflösung der Ehe durch Scheidung jeder der Ehegatten Anspruch darauf hat, einen Teil von dem zu erhalten, was der andere während der Dauer der Ehe erworben hat. Den Anteil des Ehegatten an dem während der Ehe erworbenen Vermögen des anderen bestimmt das Gericht nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des durch seine Arbeitsleistungen, geldliche Zubußen, seine Haushaltsarbeit und sonstige Mithilfe geleisteten Beitrags zum Erwerb dieses Vermögens. Das ist nichts anderes als eine Art der Zugewinngemeinschaft, beschränkt allerdings auf den Fall der Scheidung. Diese Einschränkung legt den Schluß nahe, daß bei der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten der "Zugewinnausgleich" durch das Erbrecht erfolgt. Dies wird durch einen Blick auf das bulgarische gesetzliche Erbrecht auch bestätigt. Nach Art. 9 des bulgarischen Erbgesetzes vom 3.1.1949 [2] erbt der überlebende Ehegatte neben Kindern einen Kindesteil. Neben Aszendenten oder Geschwistern oder Geschwisterkindern erhält der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses, wenn die Ehe mehr als 10 Jahre gedauert hat sogar 2/3. Erbt der überlebende Ehegatte gemeinsam mit Aszendeten und mit Geschwistern, erhält er vor Ablauf der Zehnjahresfrist ein Drittel des Nachlasses, danach die Hälfte. In allen übrigen Fällen erhält er den ganzen Nachlaß. Nach Art. 12 II des bulgarischen Erbgesetzes vom 3.1.1949 können die Miterben, die zu Lebzeiten des Erblassers dazu beigetragen haben, daß sich die Erbschaft vergrößerte, falls sie nicht auf eine andere Art entschädigt wurden, bei der Teilung verlangen, daß dieser Zuwachs zu ihren Gunsten verrechnet wird. Zu den durch diese Vorschrift begünstigten Personen wird in aller Regel der überlebende Ehegatte gehören, der durch seine mannigfache Mitarbeit in der Ehe zur Vermehrung des Vermögens des Erblassers beigetragen hat. Der überlebende Ehegatte erhält den "Zugewinnausgleich" bei der Auflösung der Ehe durch den Tod des anderen Ehegatten somit in Form eines gesetzlichen Vorausvermächtnisses.

---

1) Vgl. hierzu und zum Folgenden Kozucharoff, Neue Justiz 1958, S. 335 - 338.

2) Text bei Ferid-Firsching, Internationales Erbrecht, Bd. II.

Es ist klar, daß der überlebende Ehegatte nicht Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 und daneben auch noch das Vorausvermächtnis nach Art. 12 II des bulgarischen Erbgesetzes vom 3.1.1949 verlangen kann. Das würde nicht nur dem Sinn und Zweck des § 1371 II HS 1 strikt zuwiderlaufen, es entspräche auch nicht dem Willen des bulgarischen Erbrechts. Der überlebende Ehegatte soll nach Art. 12 II des bulgarischen Erbgesetzes das Vorausvermächtnis nur erhalten, wenn er nicht schon auf eine andere Art für seinen Beitrag zur Vermehrung des Erblasservermögens entschädigt wurde. Eine solche andere Entschädigung wird man, auch wenn beim Erlass dieser Vorschrift bestimmt nicht an die deutsche Zugewinnausgleichsforderung gedacht wurde, im Wege der materiellprivatrechtlichen Anpassung ohne Schwierigkeiten in der Zugewinnausgleichsforderung nach dem deutschen Güterrecht erblicken können. Der überlebende Ehegatte kann deshalb neben der Zugewinnausgleichsforderung nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 zwar seinen gesetzlichen Erbteil nach Art. 9 des bulgarischen Erbgesetzes verlangen, nicht aber das Vorausvermächtnis nach Art. 12 II des bulgarischen Erbgesetzes.

§ 27 Die internationalprivatrechtliche Anpassung bei Widersprüchen zwischen dem ausländischen Erbrecht und dem deutschen Güterrecht

Nicht immer läßt sich jedoch eine so glatte und einfache Lösung finden, wenn das Erbstatut die Vermögensteilhabe unter den Ehegatten ausschließlich erbrechtlich regelt, wie in dem Beispiel mit dem bulgarischen Recht. Meist wird sich in diesen Fällen nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen, in welchem Umfang die gesetzliche Erbportion des überlebenden Ehegatten nach ausländischem Recht der Abgeltung güterrechtlicher Ansprüche auf Teilhabe am Vermögen des anderen Ehegatten dient, und inwieweit es sich um ein echtes Ehegattenerbrecht handelt. Ein Beispiel hierfür bildet das englische Erbrecht.

Nachdem die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten bereits 1925 durch den "Administration of Estates Act" eine erhebliche Verbesserung gegenüber dem common law erfahren hatte, ist sie 1952 durch den "Intestates Estates Act" erneut verbessert worden. Nach dem heutigen Rechtszustand erhält der überlebende Ehegatte die sog. "personal chattels" [1] und, wenn Abkömm-

---

1) Dazu gehören nach dem Administration of Estates Act, sect. 25, folgende Gegenstände: Wagen, Pferde, Stalleinrichtung und -geräte, Autos samt Zubehör, Gartengeräte, Haustiere, Tafelgeschirr und andere versilberte oder vergoldete Gegenstände, Tischwäsche, Porzellan, Gläser, Bücher,

linge vorhanden sind, die Summe von 5000 Pfund sowie einen ablösbaren Nießbrauch an der Hälfte des Restes. Sind keine Abkömmlinge vorhanden, aber Eltern, Geschwister oder Geschwisterkinder, so erhält der überlebende Ehegatte neben den "personal chattels" die Summe von 20 000 Pfund und die Hälfte des Restes. Sind keine derartigen Verwandten vorhanden, erhält der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß [2].

Diese außerordentlich starke erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten im englischen Recht, die in den meisten Fällen dazu führt, daß der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß bekommt, ist nur als Äquivalent zu der schlechten güterrechtlichen Position, die das englische Güterrecht dem überlebenden Ehegatten zuweist, verständlich. Der gesetzliche Güterstand in England ist die Gütertrennung [3]. Als Ausgleich dafür, daß der überlebende Ehegatte güterrechtlich nicht am Vermögen seines verstorbenen Ehegatten beteiligt ist, hat ihm das Gesetz eine besonders günstige erbrechtliche Stellung eingeräumt.

Die Absicht des englischen Gesetzgebers, den überlebenden Ehegatten durch ein umfangreiches Erbrecht fur die Versagung einer güterrechtlichen Vermögensteilhabe zu entschädigen, wird besonders deutlich, wenn man die historische Entwicklung des englischen Güter- und Erbrechts betrachtet [4]. Nach common law ging alles Vermögen der Frau, abgesehen von ihrem Grundbesitz ("real property") mit der Eheschließung auf den Mann über. Auch war die verheiratete Frau unfähig, irgendwelches Eigentum zu erwerben oder über ihr Eigentum zu verfügen. Jeglicher Erwerb während der Ehe fiel deshalb dem Mann zu. Starb der Mann, so stand der Witwe das Recht der "dower" zu, welches einen lebenslänglichen Nießbrauch ("life interest") an einem Drittel des Grundbesitzes des Mannes darstellte [5]. Daneben erhielt die Witwe seit

---

Bilder, Drucke, Möbel, Juwelen, Haushaltsgegenstände, Gegenstände des persönlichen Gebrauchs (Schmuck), musikalische und wissenschaftliche Instrumente und Geräte, Weine, Liköre, Schnaps und andere verbrauchbare Vorräte. Ausgenommen sind alle die Sachen, die dem Erblasser zu geschäftlichen Zwecken dienten sowie Geld und Sicherheiten für Geld.

2) Vgl. dazu und zum Folgenden Kahn-Freund, Matrimonial Property Law in England, in W. Friedmann, Matrimonial Property Law, S. 267-314.

3) Vgl. den Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act von 1935.

4) Vgl. Kahn-Freund, a.a.O.; ferner Atkinson, Law of Wills, S. 60 ff. 104 - 107; Sayre, Husband and Wife as Statutary Heirs, Harvard Law Review, Bd. 42, S. 330 - 364.

5) Vgl. Earl Jowitt, The Dictionary of English Law, Stichworte "Dower" und "Curtesy".

dem "Statute of Distribution" von 1670 ein Drittel des beweglichen Vermögens oder die Hälfte, je nachdem, ob Abkömmlinge vorhanden waren oder nicht. Dem Recht der "dower" entsprach, wenn die Ehefrau zuerst verstarb, das Recht der "curtesy", welches dem überlebenden Ehemann den Nießbrauch am gesamten Grundbesitz der Frau verschaffte, vorausgesetzt daß Kinder aus der Ehe hervorgegangen waren [5a]. Beide Rechte, "dower" und "curtesy", ergaben sich unmittelbar aus der Ehe und bestanden als Anwartschaftsrechte bereits zu Lebzeiten der Ehegatten [6]. Deshalb waren sie güterrechtlicher, nicht erbrechtlicher Natur [6a]. Ihre volle Wirkung entfalteten sie allerdings erst in der Hand des überlebenden Ehegatten nach dem Tode des anderen. "Dower" und "curtesy" wurden im Laufe der Zeit verschiedentlich modifiziert und endlich durch den "Administration of Estates Act" 1925 völlig beseitigt, da sie sich als äußerst verkehrshinderlich erwiesen hatten. Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß die Verbesserung des Ehegattenerbrechts, die der "Administration of Estates Act" brachte, zumindest teilweise als Ersatz für die Beseitigung der güterrechtlichen Rechte der "dower" und "curtesy" gedacht waren [7]. Aus dem Umfang des Ehegattenerbrechts, der Gütertrennung als dem gesetzlichen Güterstand und der historischen Entwicklung von Güter- und Ehegattenerbrecht in England ergibt sich somit, daß das englische Ehegattenerbrecht kein reines Erbrecht ist, sondern zugleich einen Ersatz für die im englischen Recht fehlende güterrechtliche Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen darstellt. In welchem Umfang das englische Ehegattenerbrecht jedoch als echtes Erbrecht

---

5a) Vgl. Earl Jowitt, The Dictionary of English Law, Stichworte "Dower" und "Curtesy".

6) Das zeigt sich insbesondere darin, daß das Recht der "dower" nicht nur an den Grundstücken bestand, die dem Mann zur Zeit seines Todes gehörten, sondern alle Grundstücke erfaßte, die der Mann irgendwann einmal während der Ehe besessen hat. Eine Veräußerung vermochte das Recht der Ehefrau nicht zu beeinträchtigen. Eine gleiche Regelung war für die "curtesy" des Mannes nicht erforderlich, da die Frau das Recht des Mannes schon deshalb nicht beeinträchtigen konnte, da sie über ihren Grundbesitz gar nicht wirksam verfügen konnte.

6a) So auch Neuner, Der Sinn der IPR-Norm, S. 65.

7) Vgl. dazu die entsprechenden Vorgänge im amerikanischen Recht, wo die modernen Erbgesetze - wie z.B. § 82 des Decedent Estate Law von New York - teilweise ausdrücklich sagen, daß das Erbrecht, soweit es das unbewegliche Vermögen betrifft, als Ersatz für das aufgehobene Recht der "dower" und "curtesy" gegeben wird.

anzusehen ist, und in welchem Umfang es eine güterrechtliche Vermögensteilhabe ersetzen soll, dafür sind keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich. Deshalb ist in diesem Fall auch weder der von Thiele [8] vorgeschlagene Weg, den Umfang der erbrechtlichen Miterledigung des Zugewinnausgleichs durch das ausländische Erbrecht zu schätzen und die Erbportion des überlebenden Ehegatten entsprechend zu kürzen, gangbar, noch läßt sich Maßfellers [9] Vorschlag, die Zugewinnausgleichsforderung nach § 1381 zu kürzen, verwirklichen. Beide Lösungen setzen eine einigermaßen sichere Kenntnis davon voraus, in welchem Umfang die ausländische Erbportion der Abgeltung güterrechtlicher Ansprüche auf Vermögensteilhabe unter den Ehegatten dient. Ohne eine solche Kenntnis ist der Gefahr, daß bei der Kürzung der Erbportion bzw. der Ausgleichsforderung in Ermangelung anderer Kriterien letztlich die Billigkeitsinteressen des Einzelfalls den Ausschlag geben, nicht zu begegnen. Andererseits kann man in Anbetracht dieser Schwierigkeiten nicht einfach kapitulieren und die bei einer Kumulation sich ergebenden Unstimmigkeiten und Widersprüche in Kauf nehmen, wie das Braga [10] und Raape [11] tun wollen. Das verbietet sich schon im Hinblick auf das Postulat der Einheit der Rechtsordnung, dem gerade bei der durch das IPR befohlenen Teilanwendung verschiedener Rechtsordnungen eine besondere Bedeutung zukommt. Das Untragbare einer uneingeschränkten Kumulation der Zugewinnausgleichsforderung mit der ausländischen Erbportion auch in diesen Fällen zeigt sich aber besonders dann, wenn man bedenkt, daß eine solche Regelung auf Kosten der übrigen Erben, insbesondere der Kinder, ginge. Es geht hier also nicht nur um eine rechtsdogmatisch saubere Konstruktion, sondern vor allem darum, eine sachlich nicht gerechtfertigte Begünstigung des überlebenden Ehegatten auf Kosten der übrigen Erben zu verhindern. Ließe man die Kumulation unbeschränkt zu, so erhielte der überlebende Ehegatte infolge der Teilanwendung zweier nicht aufeinander abgestimmter Rechtsordnungen mehr als ihm nach dem übereinstimmenden Willen sowohl des Güterrechtsstatuts wie des Erbstatuts beim Tode des anderen Ehegatten mit Rücksicht auf die mit diesem eingegangene Ehe zukommen soll, während die übrigen Erben ohne jede sachliche Rechtfertigung entsprechend weniger bekämen. Ein solches sachlich weder vom Güterrechtsstatut noch vom Erbstatut gerechtfertigtes Ergebnis kann nicht bestehen bleiben.

Wo sich - wie in dem Beispiel mit dem englischen Recht - eine befriedigende materiellprivatrechtliche Lösung zur Beseitigung des bei einer unbeschränkten

---

8) Fam.RZ 1958, S. 397 f.
9) Betrieb 1958, S. 566.
10) Fam.RZ 1957, S. 341.
11) IPR, S. 336 ff.

Kumulation der Zugewinnausgleichsforderung mit der ausländischen Erbportion des überlebenden Ehegatten entstehenden Normwiderspruchs [12] nicht finden läßt, muß deshalb versucht werden, den Widerspruch auf internationalprivatrechtlichem Wege zu beseitigen. Das Wesen einer solchen Lösung besteht darin, daß die Grenzen zwischen zwei Kollisionsnormen so "verschoben" werden oder eine neue Kollisionsnorm gebildet wird, daß es gar nicht erst zur Anwendung zweier verschiedener materieller Privatrechte, deren Normen sich widerstreiten, kommt [13]. Diesen Weg entdeckt und erforscht zu haben, ist das Verdienst Kegels [14]. Im Gegensatz zu Kegel, der grundsätzlich mehr zu einer internationalprivatrechtlichen Lösung neigt, weil die Störung durch das IPR verursacht sei, ist aber grundsätzlich eine materiellprivatrechtliche Lösung vorzuziehen, da dies eher dem Willen des IPR entspricht. Indem das IPR für das Güter- und Erbrecht auf verschiedene Rechtsordnungen verweist, bringt es klar zum Ausdruck, daß nicht nur eine Rechtsordnung maßgebend sein soll. Diese Entscheidung des IPR ist zu respektieren. Erst wenn eine materiellprivatrechtliche Lösung nicht möglich ist, ohne die vom Kollisionsrecht zur Anwendung berufenen Sachnormen so weitgehend umzubilden, daß ein völlig "irreales" Recht zur Anwendung käme, darf zur internationalprivatrechtlichen Lösung gegriffen werden [15].

Eine Beseitigung des Normwiderspruchs zwischen dem ehelichen Güterrecht und dem Erbrecht durch die Bildung neuer materiellprivatrechtlicher Normen im IPR [16] scheitert genau wie die Anpassung im materiellen Recht schon daran, daß es nicht genügend sachliche Anhaltspunkte hierfür gibt. Die Entscheidung, welche Rechte dem überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen zustehen sollen, hinge letztlich von den Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsüberlegungen des Richters ab.

Die Beseitigung des durch Anpassung der materiellprivatrechtlichen Normen nicht zu behebenden Widerspruchs zwischen dem deutschen Güterrecht und dem ausländischen Erbrecht auf internationalprivatrechtlichem Wege kann nach dem

---

12) Dieser Ausdruck ist von Kegel, IPR, S. 17, 95 ff. übernommen.

13) Vgl. Kegel, IPR, S. 97.

14) Vgl. Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im IPR, Festschrift für Hans Lewald, S. 259 - 288.

15) Neuerdings scheint Kegel seine Vorliebe für die internationalprivatrechtliche Lösung aufgegeben zu haben. Maßgebend sei die Interessenabwägung im Einzelfall. Grundsätzlich sei nach dem Gesetz des geringsten Widerstandes vorzugehen. (Vgl. IPR, S. 97 f.).

16) Dafür Steindorff, Sachnormen im IPR, S. 79.

oben Gesagten nur bedeuten, daß die Grenze zwischen Art. 15 EG BGB und Art. 25 EG BGB so verschoben werden muß, daß auf die Rechte des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen nicht zwei Rechtsordnungen sondern nur eine einzige Anwendung finden. Mit anderen Worten, die getrennte Anknüpfung des Güter- und Erbrechts muß beseitigt werden, soweit es um die Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen geht. Die Frage ist nur, welcher der beiden in Betracht kommenden Rechtsordnungen der Vorzug zu geben ist, dem Güterrechtsstatut oder dem Erbstatut? Das ist infolge des häufig recht verschiedenen Umfangs der von den beiden Rechtsordnungen dem überlebenden Ehegatten gewährten Rechte eine Frage von erheblicher praktischer Bedeutung.

Für den mit einem solchen Fall befaßten Richter wird die Versuchung groß sein, wenn eine der beiden in Betracht kommenden Rechtsordnungen die lex fori ist, dieser den Vorrang einzuräumen, schon allein deshalb, weil er dieselbe am besten kennt. Außerdem wird die von der lex fori getroffene Regelung am ehesten seinen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen und er auch deshalb geneigt sein, die lex fori anderen Rechtsordnungen vorzuziehen. Daß das erstere kein tragfähiger Grund sein kann, ist offenkundig. Aber auch die letztere Überlegung kann keine Rolle spielen. Die Entscheidung, ob allein das Güterrechtsstatut oder allein das Erbstatut maßgebend sein soll, kann nicht von dem mehr oder weniger zufällen Umstand abhängen, daß eine der beiden Rechtsordnungen die lex fori ist. Außerdem, wie soll entschieden werden, wenn keine der beiden Rechtsordnungen die lex fori ist?

Neuner [17] will bei Widersprüchen zwischen dem Güterrechtsstatut und dem Erbstatut dem ersteren den Vorrang einräumen, da das Güterrecht präjudiziell für den Umfang des Nachlasses sei [18]. Der Kern der erbrechtlichen Bestimmungen betreffe übereinstimmend in wohl allen Rechtsordnungen die Übertragung eines Nachlasses. Die Feststellung des Umfangs des Nachlasses erfordere aber zuvor die Abwicklung der bestehenden familienrechtlichen Verhältnisse, und deshalb müßten die Vorschriften über das Ehegüterrecht vor denen über das Erbrecht angewandt werden. Gegen diese Lösung wendet Steindorff [19] mit Recht ein, daß es sich hier um ein dem materiellen Recht entnommenes Prinzip handle, das zwar innerhalb einer Rechtsordnung Geltung beanspruchen könne, nicht aber wenn zwei gleichberechtigte Rechtsordnungen

---

17) Der Sinn der IPR-Norm, S. 70 f.
18) So auch Lewald, Das deutsche internationale Privatrecht, S. 96 ff.
19) Sachnormen im IPR, S. 77.

zusammenstießen. In der Tat handelt es sich bei der Frage, welche der beiden in Betracht kommenden Rechtsordnungen, das Güterrechtsstatut oder das Erbstatut, allein über die Rechte des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen entscheiden soll, wenn die gleichzeitige, aber lediglich teilweise Anwendung beider Statute zu unlösbaren Widersprüchen führt, um ein Problem des IPR und nicht um ein materiellrechtliches Problem. Die anwendbare Rechtsordnung soll ja erst ermittelt werden. Dementsprechend ist bei der Beantwortung dieser Frage von der internationalprivatrechtlichen Interessenlage auszugehen, nicht von materiellrechtlichen Interessen und Prinzipien [20].

Kegel [21] schlägt für die Fälle beiderseitigen Normwiderspruchs [22] zwischen dem ehelichen Güterrecht und dem Erbrecht folgende zwei Lösungen vor: Hat eines der beiden Rechte eine dingliche oder obligatorische Gütergemeinschaft von Todes wegen, so sollen die Rechte des überlebenden Ehegatten immer und nur dem Heimatrecht des Erblassers beim Tode entnommen werden. Hat eines der Rechte dagegen eine Gütergemeinschaft unter Lebenden, so sollen umgekehrt die Rechte des überlebenden Ehegatten immer und nur dem Heimatrecht des Ehemannes bei der Heirat unterstellt werden. Beide Lösungen folgten dem Gesetz des geringsten Widerstandes und seien deshalb anderen Lösungen vorzuziehen. Überträgt man das von Kegel vorgeschlagene Lösungsschema auf die hier interessierenden Fälle des Zusammentreffens der Zugewinngemeinschaft mit ausländischen Erbrechtsordnungen, welche die güterrechtliche Vermögensteilhabe unter Ehegatten untrennbar mit der erbrechtlichen Beteiligung vermengen, so wären die Rechte des überlebenden Ehegatten immer und nur dem Erbstatut zu entnehmen, denn man wird die Zugewinngemeinschaft im Hinblick auf die Ausgleichsforderung als partielle, obligatorische Gütergemeinschaft von Todes wegen bezeichnen können [23].

Diese Lösung vermag jedoch nicht zu befriedigen, da sie die Interessen, die für die verschiedene Anknüpfung des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts maßgebend waren und die in den Normwiderspruch hineingeführt haben, nicht genügend berücksichtigt. Gerade diese Interessen aber - davon geht ja auch

---

20) Vgl. Kegel, Begriffs- und Interessenjurisprudenz im IPR, Festschrift für Hans Lewald, S. 285 f.; derselbe, IPR, S. 97 f.

21) IPR, S. 98 f.

22) Einen solchen beiderseitigen Normwiderspruch verneint Kegel allerdings für die Fälle des Zusammentreffens deutschen gesetzlichen Güterrechts mit ausländischem Erbrecht. (Vgl. IPR, S. 99 f.)

23) Daß der Zugewinnausgleich auch in den Fällen der Scheidung stattzufinden hat, schadet nichts. (Vgl. Kegel, IPR, S. 99).

Kegel aus [24] - müssen im Rahmen einer internationalprivatrechtlichen Lösung in erster Linie entscheiden. Sie gilt es zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen.

Das deutsche IPR folgt grundsätzlich dem sog. Nationalitätsprinzip, d.h. es wird an die Staatsangehörigkeit einer Partei angeknüpft. Das ist vor allem der Fall in Dingen, die eine Partei persönlich nahe angehen wie im Personen-, Familien- und Erbrecht. Das allgemeine Interesse jeder Partei, daß ihre Rechtsbeziehungen nach ihrem Heimatrecht als der Rechtsordnung, der sie sich in der Regel am engsten verbunden fühlt, beurteilt werden, muß jedoch öfters anderen, spezielleren Interessen weichen [25]. So ist es auch im ehelichen Güterrecht.

Das deutsche IPR knüpft das eheliche Güterrecht unwandelbar an die Staatsangehörigkeit des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung an [26]. Diese ausschließliche Anknüpfung des Ehegüterrechts an die Staatsangehörigkeit eines Ehegatten ergibt sich aus der Notwendigkeit, das eheliche Güterrecht einer einheitlichen Rechtsordnung zu unterstellen. Daran läßt sich, solange man am Nationalitätsprinzip festhält, auch nichts ändern. Man kann bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten das Güterrecht immer nur einer nationalen Rechtsordnung unterstellen. Die gleichzeitige Berücksichtigung beider Heimatrechte, sei es durch Kumulierung oder durch Koppelung, würde unter Umständen zu einem Vakuum führen, da hier die inhaltliche Ausgestaltung einer Rechtsfolge in Frage steht; die getrennte Anwendung beider Heimatrechte würde zu einer unerträglichen Zerlegung einheitlicher, komplexer Lebensverhältnisse führen und die materielle Harmonie zerstören [27].

Die Frage nach der Wandelbarkeit bzw. Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts war im gemeinrechtlichen Schrifttum eine lebhaft erörterte Streitfrage [28].

---

24) Wie Anm. 20.

25) Vgl. Kegel, IPR, S. 28 f., 136 f.

26) Diese Anknüpfung verstößt nicht gegen Art. 3 II GG, vgl. BGH Fam.RZ 1954, S. 16; 1957, S. 49; 1958, S. 180. Str. a.A. z.B. Müller-Freienfels, JZ 1957, S. 141 ff., Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichber.G., Einleitung, Anm. 310; Beitzke, Grundgesetz und Internationalprivatrecht, S. 26; Streitstand bei Siegrist, Gleichberechtigung von Mann und Frau und IPR, Rabels Z Bd. 24 (1959), S. 54-114 (57 f.) und Beitzke, a.a.O., S. 23 f.

27) Näheres hierzu bei Siegrist, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau und IPR, Rabels Z Bd. 24 (1959), S. 54 - 114 (77-84, 103).

28) Vgl. v. Bar, Theorie und Praxis des IPR, Bd. I, S. 515 f., Anm. 37 u. 38 mit weiteren Nachweisen.
Niemeyer, Zur Vorgeschichte des IPR im Deutschen BGB, S. 198 f.

Sie war auch infolge des damals in Deutschland geltenden Domizilprinzips und der zahlreichen, gerade auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts sehr unterschiedlichen Territorialrechte von erheblicher praktischer Bedeutung. Mit der Einführung des BGB, das für Deutschland die Rechtseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts brachte, und der Einführung des Nationalitätsprinzips durch das EG BGB ging die praktische Bedeutung der Streitfrage zwar stark zurück, aber sie wurde keineswegs hinfällig. Neuerdings ist sie sogar im Hinblick auf die zahlreichen Flüchtlinge mit ausländischer Staatsangehörigkeit wieder höchst aktuell geworden [29].

Der deutsche Gesetzgeber entschied sich im Anschluß an die unter der Herrschaft des gemeinen Rechts in Literatur und Rechtsprechung überwiegende Meinung für die Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts. Die Gründe hierfür waren einmal die praktischen Schwierigkeiten, wie sie bei der Überleitung eines Güterstandes in einen anderen regelmäßig entstehen, zum anderen der Schutz der Frau vor einer willkürlichen Änderung des bisherigen Güterstandes durch einen einseitigen Staatsangehörigkeitswechsel des Mannes und eng damit zusammenhängend der Schutz wohlerworbener Rechte [30].

Im Erbrecht ist demgegenüber das Nationalitätsprinzip in reiner Form durchgeführt: Die Beerbung richtet sich nach dem jeweiligen Heimatrecht des Erblassers zur Zeit seines Todes.

Vergleicht man diese Regelung mit der für das eheliche Güterrecht geltenden, ergibt sich, daß bei der Frage, ob die Rechte des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen im Falle einer internationalprivatrechtlichen Lösung ausschließlich nach der als Güterrechtsstatut oder nach der als Erbstatut zur Anwendung berufenen Rechtsordnung zu beurteilen sind, die Interessen, die für die einheitliche, unwandelbare Anknüpfung des ehelichen Güterrechts an die Staatsangehörigkeit des Mannes zur Zeit der Eheschließung maßgebend waren, den Ausschlag zugunsten des Güterrechtsstatuts geben. Denn gehen diese Interessen im Bereich des Güterrechts nach der positivrechtlichen Regelung des Art. 15 EG BGB dem allgemeinen Parteiinteresse an der Anwendung des jeweiligen eigenen Heimatrechts vor, muß dies auch für das Erbrecht gelten, soweit Güter- und Erbrecht sich nur einheitlich aus einer einzigen Rechtsordnung entnehmen

---

29) Vgl. dazu Reithmann, D Not Z 1958, S. 512 ff., Fam.RZ 1959, S. 91 f., S. 267 ff., S. 309 ff. sowie Heldrich, Fam.RZ 1959, S. 46 ff. und Kegel, IPR, S. 259.

30) Vgl. v. Bar, a.a.O., S. 517; Niemeyer, a.a.O., S. 198 f.; Staudinger-Raape, Art. 15 EG BGB, Anm. A I 3; RGZ Bd. 6, S. 223.

lassen. In den Fällen eines auf materiellrechtlicher Ebene nicht lösbaren Widerspruchs zwischen dem deutschen gesetzlichen Güterrecht und dem ausländischen gesetzlichen Erbrecht ist deshalb die Frage, welche Rechte dem überlebenden Ehegatten am Vermögen seines verstorbenen Ehepartners zustehen, ausschließlich nach deutschem Recht zu beantworten, d.h. es kommen insbesondere die §§ 1371 und 1931 zur Anwendung. Die Rechte der übrigen Erben am Rest des Nachlasses bestimmen sich dagegen nach dem ausländischen Erbrecht.

Diese Lösung hat auch den Vorteil, daß auf die Frage der Teilhabe des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen das gleiche Güterrecht Anwendung findet, das während der Ehe die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten beherrscht hat. Wollte man auf diese Frage ausschließlich das letzte Heimatrecht des Erblassers anwenden, würde die Einheit des Güterrechts zerrissen. Die Frage der Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen ist nach dem deutschen Recht nicht nur eine Frage des Erbrechts, sondern auch eine Frage des Güterrechts. Weist man diesen wesentlichen Teil des Güterrechts einer anderen Rechtsordnung zu, so verlieren die Vorschriften, welche die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten während der Ehe regeln, weitgehend ihren Sinn. Das Güterrecht bildet eine sinnvolle Einheit, und man kann nicht einfach einen wesentlichen Teil abschneiden und einer anders gearteten Rechtsordnung zuweisen, ohne den Sinnzusammenhang der güterrechtlichen Vorschriften zu zerstören.

Das gilt auch für die Zugewinngemeinschaft. Zwar bleiben die Vermögen der Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft getrennt (§ 1363 II), und jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig (§ 1364). Das gilt nicht nur für das voreheliche Vermögen, sondern genauso für das während der Ehe erworbene Vermögen. Im Hinblick auf den Ausgleich des Zugewinns am Ende des Güterstandes begründet das Gesetz jedoch schon während seines Bestehens gewisse Rechte und Pflichten, z.B. eine Mitwirkungspflicht bei der Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses (§ 1377), eine Auskunftspflicht über den Bestand des Vermögens [31], unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf vorzeitigen Zugewinnausgleich (§§ 1385, 1386) und nicht zuletzt gewisse

---

31) Diese Pflicht besteht nicht nur nach Beendigung des Güterstandes (§ 1379) sondern auch während der Dauer des Güterstandes (§ 1386 III). Vgl. Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichber.G., Vor §§ 1363-1390, Anm. 10, § 1379, Anm. 3; RGRK-Scheffler, § 1379, Anm. 29; Beitzke, Familienrecht, S. 84.

Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365, 1369) [32]. Diese Vorschriften hingen weitgehend in der Luft, wenn man in den Fällen des materiellrechtlich nicht lösbaren Widerspruchs zwischen dem deutschen Güterrecht und dem ausländischen Erbrecht die Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Vermögen des verstorbenen ausschließlich nach dem Erbstatut bestimmte, während die hier vorgeschlagene Lösung den Zusammenhang der güterrechtlichen Normen wahrt.

---

32) Diese Verfügungsbeschränkungen dienen zwar in erster Linie der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage des Familienlebens, daneben dienen sie aber auch der Sicherung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich (vgl. RGRK - Scheffler, § 1365, Anm. 3; Beitzke, Familienrecht, S. 71).

IX. Kapitel

Der Zugewinnausgleich bei gewillkürter Erbfolge

§ 28

Die Frage, ob der nach ausländischem Recht durch eine letztwillige Verfügung mit einer Zuwendung bedachte Ehegatte als Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 anzusehen ist, wurde oben unterschiedlich beantwortet: Kennt das ausländische Erbrecht weder ein Pflichtteils- noch ein Noterbrecht des überlebenden Ehegatten, so ist er als Erbe oder Vermächtnisnehmer i.S. des § 1371 II HS 1 zu betrachten, nicht aber, wenn das ausländische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteils- oder Noterbrecht gewährt. Das bedeutet, daß im ersten Fall der überlebende Ehegatte Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 nur verlangen kann, wenn er das ihm letztwillig Zugewandte ausschlägt, während er im zweiten Fall die letztwillige Zuwendung und den Zugewinnausgleich nebeneinander beanspruchen kann.

Dieses letztere Ergebnis bedarf jedoch noch einer gewissen Korrektur. Nach dem Willen der § 1371 II soll der überlebende Ehegatte neben der Zugewinnausgleichsforderung auf keinen Fall mehr als den (kleinen) Pflichtteil bekommen. Daraus ergibt sich, falls die letztwillige Zuwendung wertmäßig den Pflichtteilsanspruch bzw. das Noterbrecht des überlebenden Ehegatten übersteigt, die Notwendigkeit, entweder die Ausgleichsforderung oder die letztwillige Zuwendung zu kürzen. Den geeigneten Ansatzpunkt hierfür bietet § 1381, wonach der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern kann, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre. Eine solche grobe Unbilligkeit wird man ohne Bedenken darin erblicken können, daß der überlebende Ehegatte andernfalls ohne sachlichen Grund lediglich infolge der Teilanwendung zweier nicht aufeinander abgestimmter Rechtsordnungen mehr erhielte, als er nach dem deutlichen Willen des deutschen Güterrechts erhalten soll.

Im Gegensatz zu dem oben erörterten, ähnlichen Fall, daß die Kumulation des gesetzlichen Erbteils nach ausländischem Recht mit der Zugewinnausgleichsforderung nach deutschem Recht zu einer nicht gerechtfertigten Begünstigung des überlebenden Ehegatten führen würde und in welchem die Anwendung des § 1381 in Ermangelung geeigneter Maßstäbe zur Kürzung der Ausgleichsforderung abgelehnt wurde [1], ist hier mit der Größe des Pflichtteils oder des

---

1) Vgl. oben S. 125.

Noterbteils ein zuverlässiger Anhaltspunkt für den Umfang der Kürzung der Zugewinnausgleichsforderung gegeben. Die Ausgleichsforderung ist um den Betrag zu kürzen, um welchen die letztwillige Zuwendung wertmäßig den Pflichtteilsanspruch oder den Noterbteil des überlebenden Ehegatten übersteigt.

Theoretisch wäre es auch denkbar, an Stelle der Zugewinnausgleichsforderung die letztwillige Zuwendung zu kürzen. Die Kürzung der Ausgleichsforderung ist aber vorzuziehen, da hier in § 1381 eine geeignete gesetzliche Handhabe für die erforderliche Kürzung bereits gegeben ist. Auch ließe sich die Kürzung der letztwilligen Zuwendung nur in der Form vornehmen, daß man den Anspruch des überlebenden Ehegatten auf die Zugewinnausgleichsforderung davon abhängig macht, daß er die letztwillige Zuwendung ausschlägt, soweit sie seinen Pflichtteilsanspruch oder seinen Noterbteil übersteigt. Eine Teilausschlagung aber ist durchaus nicht in allen Rechtsordnungen so ohne weiteres zulässig wie § 1950 zeigt.

Hat der Erblasser den überlebenden Ehegatten vollständig übergangen, steht der Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung nichts im Wege. Bedenken hiergegen könnten allenfalls dann bestehen, wenn dem überlebenden Ehegatten ein materielles Noterbrecht zusteht. Derjenige überlebende Ehegatte, der nur Erbe auf Grund seines Noterbrechts wird, ist jedoch niemals Erbe i.S. des § 1371 II HS 1. Das materielle Noterbrecht entspricht seiner rechtspolitischen Funktion nach völlig dem Pflichtteilsanspruch des deutschen Rechts. Diesen kann der überlebende Ehegatte aber grundsätzlich neben der Zugewinnausgleichsforderung geltend machen. Eine Ausnahme gilt nur für den sog. großen Pflichtteil, der jedoch bei der Anwendung ausländischen Erbrechts mangels Anwendbarkeit des § 1371 I von vornherein ausscheidet. Das Noterbrecht kann der überlebende Ehegatte deshalb genau wie den Pflichtteilsanspruch stets neben der Zugewinnausgleichsforderung geltend machen.

SCHLUSS

Zusammenfassend ist als Ergebnis somit festzustellen: Wird die Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst und der verstorbene Ehegatte nach ausländischem Recht beerbt, so gilt Folgendes:

1. Wird der überlebende Ehegatte kraft Gesetzes zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufen, so kann er neben der gesetzlichen Erbportion grundsätzlich Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen.

2. Eine Ausnahme hiervon gilt dann, wenn der überlebende Ehegatte mit der gesetzlichen Erbportion zugleich für seine Beteiligung an dem während der Ehe gemeinsam Erworbenen und Ersparten abgefunden sein soll. Läßt sich - wie regelmäßig in diesen Fällen - nicht feststellen, in welchem Umfang die ausländische Erbportion der Abgeltung güterrechtlicher Beteiligungsansprüche dient und inwieweit sie ein echtes Erbrecht darstellt, richten sich die Ansprüche des überlebenden Ehegatten auf Teilhabe an dem Vermögen des verstorbenen ausschließlich nach dem deutschen Güter- und Erbrecht.

3. Wird der überlebende Ehegatte durch letztwillige Verfügung zum Erben oder Vermächtnisnehmer berufen, so kann er Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 grundsätzlich nur dann verlangen, wenn er das ihm letztwillig Zugewandte ausschlägt.

4. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn das ausländische Erbrecht dem überlebenden Ehegatten ein Pflichtteils- oder Noterbrecht gewährt. In diesen Fällen kann der überlebende Ehegatte neben der letztwilligen Zuwendung auch noch Zugewinnausgleich nach den §§ 1373 bis 1383, 1390 verlangen, doch wird die Ausgleichsforderung nach § 1381 um den Betrag gekürzt, um den die letztwillige Zuwendung wertmäßig den Pflichtteil oder Noterbteil übersteigt.

5. Pflichtteils- oder Noterbansprüche kann der überlebende Ehegatte stets neben der Zugewinnausgleichsforderung geltend machen.

Lebenslauf

Am 12. Juni 1936 wurde ich, Ulrich Schwarz, als Sohn des Prokuristen Wilhelm Schwarz und seiner Ehefrau Else, geb. Schauland, in Stuttgart geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.
Nach vierjährigem Besuch der Grundschule trat ich im Herbst 1946 in das humanistische Karls-Gymnasium in Stuttgart ein und legte dort am 24. Februar 1955 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1955 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Im Wintersemester 1956/57 und im Sommersemester 1957 studierte ich an der Universität München. Anschließend kehrte ich an die Universität Tübingen zurück. Nach dem 9. Semester legte ich dort am 16. Dezember 1959 die erste juristische Staatsprüfung ab.
Vom 4. Januar 1960 bis 11. Dezember 1963 durchlief ich den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg. Daneben war ich vom 1. November 1960 bis 31. Oktober 1961 als Korrekturassistent an der Rechtswissenschaftlichen Abteilung der Universität Tübingen tätig. Am 11. Dezember legte ich in Stuttgart die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 2. Januar 1964 bin ich als Gerichtsassessor beim Amtsgericht Stuttgart tätig.